22284WRR_boek 04-12-2002 14:45 Pagina 1

WRR

WETENSCHAPPELIJKE RAAD VOOR HET REGERINGSBELEID

VOORSTUDIES EN ACHTERGRONDEN

V 116

DE SOCIALE RECHTSSTAAT VOORBIJ. TWEE ONTWERPEN VOOR HET HUIS VAN DE RECHTSSTAAT

Willem Witteveen

Bart van Klink

Met bijdragen van:

Wouter de Been

Peter Blok

Sdu Uitgevers, Den Haag, 2002

ISBN 90 12 09764 9

TEN GELEIDE

De rechtsstaat is een gebouw met vele woningen. De rechtsstaat is niet af, telkens vragen nieuwe maatschappelijke verhoudingen en omstandigheden om aanpassingen. De onderhavige studie bestaat uit twee delen: In het eerste deel wordt ingegaan op de veranderende verhoudingen en hun gevolgen. In het tweede deel wordt aandacht gevraagd voor de principiële relatie tussen macht en recht in de sociale rechtstaat, waarbij de overheid enerzijds het recht als instrument hanteert, terwijl zij anderzijds zelf aan het recht is gebonden.

In het eerste deel wordt naar aanleiding van de opkomst van de kennisintensieve samenleving gewezen op het ontstaan van netwerken van rechtsontwikkeling, zowel op het grensvlak van publiekrecht en privaatrecht als in de verhoudingen tussen de afzonderlijke machten van de *trias politica*. De vervlechtingen roepen nieuwe vragen op van rechtsstatelijke aard, met name hoever het toepassingsbereik is van rechtsstatelijke principes en hoe het feitelijke gedrag van de drie machten in hun onderlinge verhoudingen verder kan worden gebonden aan maat en regel. Het antwoord op genoemde vragen wordt gevonden aan de hand van de ontwikkeling van maatstaven van rechtsstatelijkheid voor respectievelijk wetgeving, bestuur en rechtspraak. Zo worden voor wetgeving , bestuur en rechtspraak voorstellen gedaan voor concrete maatstaven om inhoudelijke kwaliteit, procedures en onderlinge relaties te kunnen toetsen. Aldus ontstaat een nieuw ontwerp van de rechtsstaat, waarin tot nog toe deels ongeregelde processen van politieke en juridische besluitvorming en sturing worden gebonden aan maat en regel en aldus onder het regiem van de rechtsstaat worden gebracht. Macht wordt aldus meer aan recht gebonden. Maar de vraag blijft of de feitelijke omstandigheden inmiddels zodanig zijn veranderd dat dit theoretisch gezien niet meer kan.

In een tweede deel van deze studie wordt op dit laatstgenoemde thema nader ingegaan. Hierbij komen de verschillende strategieën ter sprake die in de loop der tijd zijn bedacht om onder de huidige omstandigheden van een sturende overheid, antwoorden te vinden op rechtsstatelijke tekorten, zoals zelfregulering en systemen van communicatieve wetgeving. Dit resulteert uiteindelijk in een theoretisch perspectief op de rechtsstaat dat op een aantal punten verschilt van het perspectief van maatstaven van rechtsstatelijkheid dat in het eerste deel van de studie is ontwikkeld. Om de gevolgen van de verschillen van perspectief voor de manieren van redeneren zichtbaarder te maken worden beide perspectieven met elkaar geconfronteerd in een afsluitend nawoord.

Onderhavige studie over de democratische rechtsstaat doet suggesties voor concrete maatregelen om nieuwe tekorten op te lossen. De studie beperkt zich niet slechts tot wetgeving, bestuur en rechtspraak, maar strekt zich juist ook uit tot de verhoudingen tussen private en publieke actoren, waar belangrijke aanknopingspunten liggen voor toepassing van beginselen en maatstaven van rechtsstatelijkheid. Ook de relaties met de burgers komen aan de orde, bijvoorbeeld als wordt ingegaan op het instrument van de ‘deliberative opinion polls’, waarmee

in de VS ervaring is opgedaan. Voorts passeren enkele actuele afwegingskwesties de revue, waarmee de toenemende vervlechting van afwegingsprocessen bij rechter, wetgever en bestuur wordt geïllustreerd. De onderhavige studie bestrijkt hierdoor een groot aantal actuele thema's, waarbij discussie over de meer principiële aspecten van de ontwikkeling van de rechtsstaat niet wordt gemeden. Hiermee wordt naar de mening van de raad een belangrijke bijdrage geleverd aan het nadenken over de ontwikkeling en de aanpassingen van de democratische rechtsstaat. De democratische rechtsstaat is zowel ideaal als werkelijkheid. De spanningen tussen ideaal en werkelijkheid blijven een bron van vernieuwing en van discussie, zoals ook deze studie laat zien.

De studie werd verricht ten behoeve van een project van de WRR over de rechtsstaat. Het rapport hierover is inmiddels gepubliceerd onder de titel 'De toekomst van de nationale rechtsstaat'. Tevens zijn er raakvlakken met onderwerpen waarover de raad eerder rapporten heeft uitgebracht. De raad acht de studie van een zodanige kwaliteit en relevantie, dat besloten is deze via de reeks *Voorstudies en achtergronden* voor een brede kring van belangstellenden in wetenschap en politiek toegankelijk te maken.

Prof. mr. M. Scheltema
Voorzitter WRR

INHOUDSOPGAVE

VOORWOORD

Over de democratische rechtsstaat is al veel gezegd en geschreven. Voortbouwend op de metafoor van "De rechtstaat is als een huis"(Bovens 2000: 8),[1] kunnen we stellen dat er minstens evenveel tijd en energie in het bewonen en onderhouden van dit huis wordt gestoken als in het maken van mogelijke bouwtekeningen. Wat rechtvaardigt de publicatie van weer twee nieuwe bouwtekeningen? Wij zijn van mening dat de bestaande rechtswetenschappelijke literatuur over de democratische rechtsstaat in belangrijke opzichten aanvulling behoeft. Verschillende ontwikkelingen, zowel binnen de Nederlandse samenleving – waaronder de verplaatsing van macht van de wetgever naar bestuursorganen en naar private organisaties – als daarbuiten – de Europese eenwording en de mondialisering van de economie –, stellen de rechtsstaat voor nieuwe uitdagingen. Een prangende vraag is op welke manier machtsuitoefening aan maat en regel kan worden gebonden, ook wanneer deze niet, of niet primair, van de nationale overheid uitgaat. Is het met andere woorden nog langer mogelijk, *gegeven de bestaande versplintering van machtscentra*, de individuele vrijheid van de burger te waarborgen?

In de klassieke rechtsstaat werd de overheidsmacht beperkt door het vereiste van een wettelijke grondslag (het legaliteitsbeginsel) en de verdeling van de functies van wetgeven, besturen en rechtspreken over drie verschillende organen (het beginsel van machtenspreiding). De opkomst van de verzorgingsstaat vormt een bedreiging voor beide beginselen: het bestuur beschikt in toenemende mate over de vrijheid en het eigendom van burgers, zonder dat daarvoor een (duidelijke) grondslag in de wet aangewezen kan worden. In reactie daarop wordt in de sociale rechtsstaat onder meer bepleit, de reikwijdte van het legaliteitsbeginsel te vergroten, het bestuurshandelen aan beginselen van behoorlijk bestuur te binden en de rechter de bevoegdheid te geven het bestuurshandelen te toetsen op rechtmatigheid. Deze remedies – hoe belangrijk ook – voldoen echter niet meer geheel voor de hedendaagse situatie, waar machtsuitoefening steeds meer buiten de nationale overheid om plaatsvindt, in Europees of mondiaal verband en in niet-statelijke verbanden. Het is daarom tijd voor een herbezinning op de uitgangspunten van de sociale rechtsstaat. De nieuwe uitdagingen waarvoor de rechtsstaat gesteld wordt, plaatsen tegenstrijdige elementen van de sociale-rechtsstaatgedachte – een overheid die én voortdurend in het maatschappelijk leven moet interveniëren én voldoende afstand moet houden van de vrije sfeer van de burgers – onder een nog grotere druk. Met andere woorden: Kunnen die uitdagingen tot een nieuwe interpretatie aanleiding geven van de normatieve uitgangspunten die achter de denkbeelden van de klassieke en sociale rechtsstaat liggen? Vandaar de vraag of we voorbij de sociale rechtsstaat kunnen kijken naar een nieuwe, eigentijdse vorm. Dat betekent niet dat het project van de rechtsstaat moet worden opgegeven, maar dat er nieuwe wegen gezocht moeten worden om het project voort te zetten. De rechtsstaat biedt een flexibel bouwwerk, waar met de vereiste inspanning en inventiviteit nieuwe kamers aangebouwd en

oude kamers heringericht kunnen worden. De voorliggende studie biedt daartoe twee uiteenlopende ontwerpen.
Aangezien onze ontwerpen, behalve enkele overeenkomsten, ook de nodige verschillen vertonen, is besloten deze afzonderlijk weer te geven. Er wordt dus geen alomvattende, eensluidende visie gepresenteerd, maar twee opvattingen naast elkaar gezet, die op sommige punten elkaar aanvullen in hun onvermijdelijke eenzijdigheid en onvolledigheid, en op andere punten elkaar juist tegenspreken. Deze juxtapositie stimuleert hopelijk de lezer om zelf, als medebewoner van het huis van de rechtsstaat en/of als bouwkundige, ideeën te ontwikkelen over de noodzakelijke verbouwing van onze rechtsstaat. Dat onderhoud vereist is, daarover zijn we het eens; over de wijze waarop dat zou moeten gebeuren, lopen onze visies geregeld uiteen. Omwille van de toegankelijkheid worden beide visies ontwikkeld in de loop van een aantal beknopte hoofdstukken, die elk worden ingeleid door een prikkelende stelling. Aan de hand van deze stellingen kan de lezer zich een snelle toegang tot de inhoud van het hoofdstuk verschaffen.

In het eerste deel houdt Witteveen een pleidooi voor de wending naar rechtsstatelijkheid. Discussies over de rechtsstaat gaan doorgaans over het doen en laten van de overheid. Witteveen vindt dit een te beperkend kader. Hij bepleit conceptuele verandering: van rechtsstaat naar rechtsstatelijkheid. De democratische rechtsstaat bezit naar zijn mening geen tijdloze kern die in enkele formules kan worden weergegeven; het gedachtegoed van de democratische rechtsstaat is daarvoor veel te variabel. De waarden en beginselen van de democratische rechtsstaten zijn tot stand gekomen onder de invloed van de juridische en de republikeinse tradities die die invloed al deden gelden ver voor de opkomst van het wereldomvattende systeem van moderne staten. Nu het statensysteem aan grote uitdagingen bloot staat, is het zinvol de denkbeelden uit deze tradities opnieuw in ogenschouw te nemen; ze vormen een bron van kracht. De democratische rechtsstaat Nederland heeft zich als normatief verwachtingspatroon gevestigd in de samenleving en haar instituties, maar vereist toch permanente vormgeving om zijn waarde te behouden of zelfs te vergroten. (Dit is een vertaling van de boven aangehaalde metafoor van het ‘huis’ van de rechtsstaat.)

Wat zijn de veranderingen die zo’n wending naar rechtsstatelijkheid wenselijk maken? De opkomst van de informatiemaatschappij, van mondialisering en daarmee gepaard gaand van de netwerksamenleving, zetten zowel de liberale als de sociale rechtsstaatgedachte onder druk: maatschappelijke verhoudingen worden instabieler en daarop ingrijpende regulering daardoor problematischer; grensoverschrijdende activiteiten en niet-fysieke grootheden zijn lastiger te overzien en te reguleren, terwijl het voor de staat ook moeilijker wordt om vrijheden van burgers te beschermen. Het machtsverlies van de staat gaat paradoxaal genoeg gepaard met verrechtelijking en bureaucratisering. Toch is de ‘nieuwe onoverzichtelijkheid’ geen reden om een crisis van de democratische rechtsstaat te proclameren; de situatie biedt ook kansen voor nieuwe vormen van rechtsstatelijkheid en democratisering. Daarvoor is echter een verandering van standpunt nodig: van dat van de staatsorganen naar dat van de burgers. De kernvraag wordt

dan: Wat betekent het voor de burgers als er een beroep gedaan wordt op rechtsstatelijke waarden en beginselen? Bij de beantwoording van die vraag worden de republikeinse en de juridische traditie opeens weer relevant als leveranciers van kwaliteitsmaatstaven voor democratische rechtsstatelijkheid. Deze kwaliteitsmaatstaven zijn in het verleden vooral toegesneden op het goede functioneren van de drie staatsmachten uit de trias politica: wetgever, bestuur en rechter. Hun bereik is daartoe echter niet beperkt. Tot op zekere hoogte zijn deze kwaliteitsmaatstaven – zoals vereisten van transparantie, openbaarheid, verantwoording en machtsbeperking – ook toepasbaar in de interacties tussen burgers en andere machtige organisaties en actoren dan de overheid. Rechtsstatelijkheid wordt dan een kwaliteitsdimensie van een democratische maatschappij.

De wending naar rechtsstatelijkheid gaat dus over de kwaliteiten die burgers mogen verlangen van de 'machten' die hun leven verregaand beïnvloeden; soms zijn dit staatsmachten, soms ook niet, soms staat de overheid bemiddelend tussen de partijen in. Volgens Witteveen staat deze wending naar kwaliteit in het debat over de democratische rechtsstaat niet op zichzelf. Er zijn andere rationaliteiten die eveneens kwaliteitsmaatstaven ontwikkelen. Soms staan die weliswaar op gespannen voet met rechtsstatelijkheid, maar dat is lang niet altijd het geval. Er is vooral een – verrassende – positieve wisselwerking mogelijk tussen juridische en economische criteria voor een goed institutioneel bestel. De republikeinse denkbeelden herleven in de deliberatieve benadering van democratie, waaruit ook praktische voorstellen komen voor versterking van de rechtsstatelijke en democratische kwaliteit van het openbare leven. Een voorbeeld is de deliberatieve opiniepeiling.

Door de veranderende maatschappelijke context wordt het noodzakelijker én moeilijker voor de politieke functionarissen van een vrije en democratische gemeenschap om tot een goede en evenwichtige belangenafweging te komen. De wending naar rechtsstatelijkheid biedt hierop een nieuw perspectief. Rechtsstatelijke kwaliteitsmaatstaven geven met hun visie op procedurele zorgvuldigheid namelijk uitdrukking aan een breed toepasbaar beeld van de kunst van het afwegen. Dat heeft niet alleen betekenis voor de instituties waarin afwegingen geacht worden plaats te vinden, maar rolmodellen van een goede wetgever, een goed bestuur en een goede rechter bieden ook de kans om iedere burger de kunst van het afwegen te laten beoefenen. Pas als blijkt dat onder democratische en rechtsstatelijke verhoudingen niet alleen de overheid gebonden is aan maat en regel, is de wending naar rechtsstatelijkheid een feit.

In het tweede deel onderwerpt Van Klink opvattingen over macht en machtsbeperking die in de rechtsstaat gangbaar zijn, aan een kritische analyse. Hij laat zien, op welke verschillende manieren in zowel de klassieke als de sociale rechtsstaat is getracht het overheidshandelen aan maat en regel te binden. De ontwikkeling van de absolute, middeleeuwse staat naar de moderne rechtsstaat wordt vaak beschreven in termen van een voortgaande machtsreductie. In de plaats van de almachtige vorst die naar willekeur en ten eigen bate ingrijpt in de vrijheid en

het eigendom van zijn onderdanen, stelt de klassieke rechtsstaat het beeld van een overheid die op grond van, en strikt binnen het kader van, een voorafgaande formele wet handelt in het algemeen belang. Wanneer machtsuitoefening door de overheid gebaseerd is op de wet, is niet langer sprake van blote macht, maar van gelegitimeerde macht, ofwel gezag. De verzorgingsstaat doorbreekt de aldus geconstrueerde ontkoppeling van recht en (blote) macht, doordat het bestuur steeds vaker optreedt buiten de wet of op basis van een vaag omschreven wettelijke grondslag. De sociale rechtsstaat tracht de binding van het overheidshandelen aan het recht – waartoe, behalve de wet in formele zin, ook andere rechtsbronnen, zoals de beginselen van behoorlijk bestuur worden gerekend – te herstellen. Er komen alternatieve instrumenten op, waaronder delegatie, (al dan niet geconditioneerde) zelfregulering en communicatieve wetgeving, waarin sommigen de teloorgang van de rechtsstaat zien, terwijl anderen deze juist als de redding ervan beschouwen.

In staats- en bestuursrechtelijke literatuur over de rechtsstaat wordt de wet of het recht in algemene zin steevast als absolute tegenhanger van macht voorgesteld. Het recht conditioneert de wijze van machtsuitoefening, dat wil zeggen: het recht geeft aan onder welke rechtsstatelijke voorwaarden macht mag worden uitgeoefend, maar is zelf dus geen machtsuitoefening. De vraag is of deze scheiding van recht en macht conceptueel houdbaar is en of de legitimatie van het overheidshandelen op deze scheiding gebaseerd kan worden. Van Klink meent van niet. In zijn visie bestaat er een noodzakelijk, niet weg te denken verband tussen recht en macht. De machtsuitoefening die het recht tegelijk is en mogelijk maakt, bevat vier kenmerken: zij is deels onpersoonlijk (want gebaseerd op geobjectiveerd recht) en deels persoonlijk (want gebaseerd op een *subjectieve keuze voor een specifieke interpretatie van* dit geobjectiveerde recht); gebonden (de gekozen interpretatie mag het kader van het bestaande recht niet te buiten gaan); gedeeld (de schepping van recht is verdeeld over verschillende organen); en heteronoom (het aldus geschapen recht kan nooit op volledige instemming van de rechtsonderhorigen rekenen). Elke machtsuitoefening die op basis van het recht plaatsvindt, brengt in meerdere of mindere mate geweld met zich, hoeveel communicatie, deliberatie of dialoog ook wordt betracht. Er komt onvermijdelijk een moment waarop het recht voor de betrokken partijen definitief wordt gesteld. Op materieel niveau kan dat onder meer betekenen dat iemand zijn kinderen, zijn vermogen, of zelfs – in landen waar de doodstraf bestaat of waar oorlog wordt gevoerd – zijn leven verliest. Op symbolisch niveau worden met iedere rechtsschepping sommige waarden ingesloten, terwijl andere worden uitgesloten. Deze geweldpleging kan nooit uitputtend worden gelegitimeerd met een beroep op het algemeen belang, de volkswil of de noodtoestand. Er kleeft derhalve een structureel legitimatietekort aan het overheidshandelen.
De normatieve consequentie van deze visie is volgens Van Klink niet dat de overheid gewoon maar haar gang moet gaan, omdat geweldpleging toch onvermijdelijk is. In plaats van onverschilligheid dient er bij de overheid (of een andere rechtscheppende instantie) in een rechtsstaat een groter bewustzijn te ontstaan omtrent de materiële en symbolische gevolgen van haar ingrijpen in de werke-

lijkheid. Van belang is dat er onophoudelijk verantwoording wordt afgelegd over de gemaakte keuzen en uitgelegd wordt waarom bepaalde waarden ten koste van andere worden bevestigd. Bovendien dient de dialoog met de uitgeslotenen – bijvoorbeeld vluchtelingen, moslims en gereformeerden – steeds weer gezocht te worden. Gewaakt moet worden voor de zelfgenoegzaamheid van de macht.

In het nawoord zullen de auteurs elkaars ontwerpen aan enkele kritische vragen onderwerpen. De ontwerpen zijn alle twee geschreven vóór de terroristische aanslagen van 11 september 2001 op de Verenigde Staten. Kernvraag is, hoe de auteurs vanuit hun visie deze gebeurtenissen beoordelen. Heeft 'de aanval' – behalve de Twin Towers – ook onze ontwerpen onderuitgehaald, of ze juist van een dringende actualiteit voorzien?

Deze studie is uitgevoerd in opdracht van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid. Allereerst willen wij de leden van de WRR hartelijk danken voor de uitvoerige en leerzame discussies die we met hen hebben mogen voeren over conceptversies van onze hoofdstukken. Hun commentaar heeft ons in staat gesteld, onze tekst op belangrijke punten aan te vullen en aan te scherpen. Vervolgens gaat dank uit naar Wouter de Been en Peter Blok, die ieder een hoofdstuk hebben geschreven en ons daarmee werk uit handen hebben genomen. Om inzicht te krijgen in de verschillende andere rationaliteiten waaruit kwaliteitsmaatstaven in verband met rechtsstatelijkheid voortkomen, voerden Witteveen en De Been gesprekken met enkele deskundigen. Wij danken Lans Bovenberg, Wim van de Donk en Maurits Barendrecht voor deze stimulerende gesprekken, waarin ook vele ideeën naar voren kwamen die in het kader van deze studie niet konden worden uitgewerkt, maar interessante vervolgstudies mogelijk maken. Tot slot danken wij Klaas Dijkhoff en Laetitia Laman, student-assistenten bij de vakgroep Encyclopedie en Rechtsgeschiedenis te Tilburg, die behulpzaam zijn geweest bij de redactie en lay-out van de uiteindelijke tekst.

NOTEN

1 De volledige tekst van deze metafoor luidt: “De rechtsstaat is als een huis met vele verdiepingen”. Zie hierover verder deel I, paragrafen 2.4 en 2.5.

DEEL I

DE WENDING NAAR RECHTSSTATELIJKHEID

door: Willem Witteveen
met een bijdrage van Wouter de Been

1 DE DEMOCRATISCHE RECHTSSTAAT. GEVLEUGELDE WOORDEN EN GEWORTELDE TRADITIES

1.1 STELLINGNAME

Wat wil het zeggen om in een democratische rechtsstaat te leven? Wie een duidelijk antwoord wil, komt al snel terecht bij de tegenovergestelde vraag: wat betekent het om in samenlevingen en situaties te verkeren die niet democratisch en rechtsstatelijk zijn? Een dictatuur kan geen democratische rechtstaat zijn. Een samenleving die de leden niet in hun waarde laat en hun geen vrijheid geeft, kan geen democratische rechtsstaat zijn. Grote en systematische maatschappelijke ongelijkheid past niet bij de democratie en is in strijd met het rechtsstatelijke gelijkheidsideaal. In een democratie moet er vrijheid van meningsuiting en partijvorming zijn, moeten de verkiezingen door rechtsregels tegen machtsmisbruik worden beschermd, is er een ordelijke wisseling van de wacht mogelijk. In een rechtsstatelijk regiem heerst geen corruptie, zijn wetten geen dictaten, is het bestuur fatsoenlijk en de rechtspraak onafhankelijk. Ook is er sprake van georganiseerde solidariteit met de zwakkeren; niemand komt van de honger om; er is onderwijs voor iedereen en medische zorg. Deze eerste indrukken die met vele andere relevante overwegingen zijn aan te vullen, hebben hun waarde, ze berusten op de harde lessen van de geschiedenis en ze zijn verankerd geraakt in het rechtsbewustzijn.

Het is echter moeilijk om zo, vooral vanuit het negatieve redenerend, in een paar woorden aan te geven wat de kern van de democratische rechtsstaat is. Dat is wel geprobeerd, vele malen zelfs en in uiteenlopende omstandigheden. Er is een keur aan beknopte en aansprekende formules, aan gevleugelde woorden, beschikbaar. Om een paar Amerikaanse slagzinnen aan te halen: *A government of measures, not of men. Four essential human freedoms: freedom of speech, freedom of religion, freedom from want, freedom from fear. The progressive elimination of arbitrariness in positive law and its administration.* Zuiver retorisch gezien slagen dit soort slagzinnen – mits in de juiste omstandigheden geponeerd – in hun pretentie om de kern van de democratische rechtsstaatgedachte onder woorden te brengen; ze verwoorden een ideaal. Die formuleringen hebben echter geen kern die in een definitie te vangen is, geen centrale boodschap die in een paar zinnen geanalyseerd kan worden. Ze zijn niet zonder betekenisverlies in elkaar te vertalen of tot een overkoepelend denkbeeld te herleiden. Als ze uit hun context worden gehaald en los worden gezien van de intellectuele traditie waar ze uit voortkomen, verliezen ze veel van hun waarde.

- *A government of measures, not of men.* Dit is de klassieke Anglo-Amerikaanse formulering, passend in een traditie van constitutionalisme, van denken in termen van machtsbeperking; van een politieke visie die vrijheid, welvaart en ordelijk samenleven vooropstelt en daarvoor een beperkte overheidsmacht noodzakelijk acht. Deze visie is gezaghebbend verwoord in de Federalist Papers, de polemische geschriften van Madison, Hamilton en Jay (1787) die ten grondslag liggen aan de Amerikaanse grondwet. Is dit maxime de kern waar alles – het hele constitutionele systeem van institutionele waarborgen, van federalisme en checks and balances en grondrechten – om draait? (Zie ook: Ackerman 1991.)

- *Four essential human freedoms: freedom of speech, freedom of religion, freedom from want, freedom from fear.* Dat zijn de gevleugelde woorden van Roosevelt in zijn beroemde toespraak tot het Amerikaanse Congres op 6 januari 1941. Ze vatten samen waar Amerika voor staat in de oorlog met de nazi's die er aan staat te komen, en beloven een vrije wereld waarin mensenrechten overal beschermd worden. Maar het beeld van democratie en rechtsstatelijkheid is drastisch veranderd ten opzichte van de klassieke constitutionalistische visie. Roosevelt predikt niet alleen beperking van overheidsmacht maar ook de vestiging en uitbreiding van overheidsmacht ten behoeve van het lenigen van de nood van mensen, om armoede te bestrijden en vrede te vestigen; de vier vrijheden verwijzen naar zijn New Deal, de Amerikaanse voorloper van de Europese verzorgingsstaat.[1]

- *The progressive elimination of arbitrariness in positive law and its administration.* In die beknopte formule vat de socioloog Philip Selznick het streven naar sociale rechtvaardigheid met inzet van democratische en rechtsstatelijke middelen samen. De eerder besproken formules klinken er beide in door: Selznick hoopt, zou men vanuit de Nederlandse literatuur zeggen, op een verzoening van de klassieke en de sociale elementen van de rechtsstaatgedachte. Verschil is er echter ook, want de aandacht wordt gevestigd op de vertaling van grote idealen tot praktisch beleid. Selznicks ideaal van responsive law stelt eisen aan de overheid die de problemen en opvattingen van de burgers serieus moet nemen. Door willekeur als probleem centraal te stellen en de problemen van de beleidsuitvoering tot onderwerp van rechtsstatelijkheid te maken, staat de formule van Selznick op gespannen voet met de hooggespannen idealen van Roosevelt, die in de praktijk vaak tot een bureaucratische uitwerking leiden. Ook wordt afstand genomen van formalistische opvattingen over machtsbeperking; machtsbereik is minstens zo belangrijk als machtsbeheersing, doelmatigheid (om het nog eens in Nederlandse termen te zeggen) niet ondergeschikt aan rechtmatigheid (Selznick 1992).

Drie bekende formules zijn nu de revue gepasseerd. De verschillen zijn meteen al opvallend. Het is inderdaad moeilijk om van de drie formules een kern aan te wijzen of ze tot een samenvattend maxime te herleiden. Toch komen ze alle drie uit de Anglo-Amerikaanse traditie die sterk beïnvloed is door de common law.

Als Europese formules, voortgekomen uit een civielrechtelijke achtergrond, in het beeld worden betrokken, worden de verschillen eerder groter dan kleiner. *Rule of law* klinkt alleen al heel anders dan *Rechtsstaat*, er zijn ook belangrijke betekenisverschillen (Neumann 1986). Toch moeten die verschillen ook weer niet overdreven worden. Tradities van denken over democratie en rechtsstaat hebben elkaar over en weer veel te zeggen. In regimes met democratische en rechtsstatelijke pretenties zijn maximen uit verschillende tradities en rechtssystemen daarom nog niet zonder betekenis. Voor Nederlandse lezers zijn de Amerikaanse formules eerder een aansporing om zich af te vragen of bij ons gehanteerde ideeën over het legaliteitsbeginsel en over machtenscheiding evenveel waarborgen bieden of niet.

Daarmee komen de stellingnamen uit dit hoofdstuk in zicht.

De democratische rechtsstaatgedachte heeft geen onveranderlijke kern. Het is wel mogelijk door middel van 'gevleugelde woorden' of maximen kernachtige formuleringen te geven die van waarde zijn in een bepaalde context. Er zijn verschillende intellectuele tradities van 'rechtsstatelijkheid' waartussen familieverwantschap bestaat. Die tradities zijn een bron van kracht als nieuwe uitdagingen de gangbare opvattingen, neergeslagen in praktijken en instituties, onder druk zetten.

De eerste twee stellingen – over de ontbrekende 'kern' van de rechtsstaatgedachte – zijn hierboven al geïntroduceerd; in hoofdstuk 2 komen ze verder aan de orde. De stellingen die erop volgen – over de waarde van rechtsstatelijke tradities – vereisen meteen al meer toelichting. De diversiteit van visies over democratie en rechtsstaat, gekoppeld aan verschillende praktijken en institutionele arrangementen, wordt soms immers juist als een probleem gezien. Zo kan men zich afvragen of in de zich uitbreidende Europese Unie wel een praktisch compromis kan worden gevonden tussen de vele constitutionele tradities en bijpassende rechtsinstellingen van de lidstaten. Het is echter ook mogelijk dat de verschillende tradities juist een – verwaarloosde – bron van kracht vormen. De discussie over de democratische rechtsstaat is er dan bij gebaat deze tradities meer op de voorgrond te zetten. Dat geldt met name voor twee tradities die al eeuwen voor het tijdperk van de moderne staten denkbeelden over democratie en rechtsstatelijkheid hebben opgeleverd: de juridische traditie en de republikeinse traditie. In het vervolg van dit hoofdstuk worden deze twee tradities kort geïntroduceerd, met de bedoeling in volgende hoofdstukken gebruik te maken van denkbeelden uit deze tradities bij de bespreking van nieuwe uitdagingen aan de democratische rechtsstaat.

1.2 DE JURIDISCHE TRADITIE

1.2.1 TIEN KENMERKEN

In zijn monumentale boek *Law and Revolution* legt Berman (1983) verbanden bloot tussen de opkomst (en gedeeltelijke ondergang) van de juridische traditie en de democratische rechtsstaat. De juridische traditie heeft volgens Berman tien bepalende kenmerken:

1. Er wordt een betrekkelijk scherp onderscheid gemaakt tussen juridische instituties (waarbij men zowel aan juridische regels en begrippen moet denken, als aan het proces van wetgeving en van rechtspraak) en andere instituties. Moraal, religie en politiek hebben invloed op het recht, klinken er soms in door, maar zijn toch aparte 'sferen'. Het recht heeft een relatieve autonomie.

2. Het beheer van de juridische instituties wordt voor het merendeel toevertrouwd aan een juridische beroepsgroep, bestaande uit aan universiteiten opgeleide deskundigen die zich min of meer voltijds met juridische activiteiten bezighouden. Ook het maken van wetgeving wordt aan professionele juristen toevertrouwd.

3. De juristen ontvangen hun opleiding in de autonome sfeer van de universiteiten of andere professionele opleidingen, waar zij in de vakliteratuur worden ingewijd en leren hoe juristen interpreteren en debatteren. Er ontstaat een internationale rechtscultuur van ingewijden in het Romeinse en canonieke recht (het recht van de Kerk); de Latijnse terminologie beïnvloedt ook de in nationale talen gestelde rechtsbronnen diepgaand.

4. Kennis over het recht, georganiseerd in de beroepspraktijk en de rechtsgeleerdheid, beschrijft niet alleen het geldende recht, maar maakt er deel van uit. Dit betekent onder meer dat de rechtsgeleerdheid zelf rechtsbron is, zelf onderdeel van het beschreven recht.

5. In de westerse juridische traditie heeft men een bepaald beeld van het recht: recht is een samenhangend geheel, een geïntegreerd systeem, een 'lichaam' of corpus. Dit systeem of lichaam ontwikkelt zich in de loop van de tijd. Als in de twaalfde eeuw de codificatie van Justinianus wordt herontdekt, gaat men de betreffende teksten verklaren. Dan ontwikkelt zich – in de loop van eeuwen – de rechtswetenschap als een techniek van redeneren, waarbij men ernaar streeft de vele tegenstellingen in het materiaal met elkaar te verzoenen en uit de vele gevalsbeschrijvingen algemene regels af te leiden, waaruit uiteindelijk een bepaald samenhangend systeem kan worden opgebouwd. Vanaf de zestiende eeuw wordt de codificatie van Justinianus aangeduid als Corpus juris civilis. Ook het gecodificeerde canonieke recht wordt als een corpus opgevat.

6. Het Corpus juris behoudt zijn centrale plaats in de rechtsgeleerdheid doordat het flexibel is en, in het licht van nieuwe problemen, anders geïnterpreteerd kan worden. Het Corpus iuris leidt tot manieren van werken die 'organische groei' mogelijk maken.

7. De veranderingen in het Corpus juris hebben geen willekeurig karakter, maar volgen een patroon dat de rechtsgeleerde erin meent te ontdekken. Men ziet een logische ontwikkelingslijn, waarbij het Corpus juris in staat blijkt te zijn door herinterpretatie een adequate reactie te bieden op de problemen van het heden. Men vertrouwt erop dat dit ook geldt voor nog onbekende toekomstige problemen. "The law is not merely ongoing; it has a history. It tells a story" (Bernan 1983: 6).

8. De historische ontwikkeling van het rechtssysteem als een *corpus* brengt met zich mee dat het recht ook gezag heeft over de politieke machthebbers. Het idee van de binding van overheden aan het recht is vanaf het begin aanwezig in de juridische traditie, al dateert het begrip 'constitutionalisme' van later tijden (het woord wordt volgens Berman voor het eerst gebruikt tijdens de Amerikaanse Revolutie). Al in oude bronnen is bijvoorbeeld de gedachte te vinden dat de vorst wel nieuw recht mag maken, maar niet op een willekeurige manier en dat hij – zolang hij geen nieuw recht heeft gevormd volgens de erkende geldige procedures – aan het bestaande recht gebonden is.

9. De juridische traditie biedt ruimte aan een rechtspluralisme in de zin van naast elkaar bestaande en over en weer erkende juridische regimes. Dit is volgens Berman het gevolg van de door de Pauselijke Revolutie van 1075 ingezette scheiding van het kerkelijke en het wereldse recht, waarbij vele onderverdelingen aansluiten. Niet alleen bestaan in de juridische traditie het Romeinse en het canonieke recht naast elkaar en beïnvloeden zij elkaar; er is ook ruimte voor recht dat door vorsten van nationale territoria wordt uitgevaardigd, voor opgetekend gewoonterecht, voor het internationale handelsrecht, voor het recht van afzonderlijke steden, voor feodaal recht. Rechtspluralisme is voor Berman tegelijk een weerspiegeling van de economische en politieke krachtsverhoudingen als een bron van rechtsstatelijkheid.

"The pluralism of Western law (...) has been, or once was, a source of legal growth as well as political and economic growth. It has also been, or once was, a source of freedom. A serf might run to the town court for protection against the master. A vassal might run to the king's court for protection against his lord. A cleric might run to the ecclesiastical court for protection against the king." (Bernan 1983: 9)

10. In de juridische traditie wordt de spanning tussen ideaal en werkelijkheid erkend en productief gemaakt. De aanspraken van het recht kunnen nooit volledig worden waargemaakt. De toepassing van het recht is vaak uit maatschappelijk oogpunt niet rechtvaardig. Van tijd tot tijd wordt een rechtssysteem bedreigd door revoluties, maar in het verloop hiervan wordt de juridi-

sche traditie in het revolutionaire proces overgenomen; dit leidt tegelijkertijd tot soms radicale vernieuwing van de juridische traditie.

1.2.2 VOORBODE VAN DE RECHTSSTAAT

De juridische traditie vormt niet alleen een voedingsbodem voor de opkomst van denkbeelden over de Rule of Law, maar draagt ook bij aan de totstandkoming van praktijken en instituties die deze denkbeelden handen en voeten geven. Aan de hand van Berman en enkele andere auteurs kunnen we vijf van die bijdragen aan de vestiging van rechtsstatelijkheid bespreken:

1. Berman legt zelf sterk de nadruk op de effecten van de Pauselijke Revolutie van 1075, wanneer paus Gregorius VII de suprematie claimt inzake alle godsdienstige aangelegenheden en de keizer en vorsten met soortgelijke pretenties hun (ondergeschikte) plaats wijst. Er breekt nu een periode aan, waarin de Kerk zich los probeert te maken van wereldse organisaties. Er worden oorlogen over gevoerd. Niet alleen met de wapenen, maar ook met woorden: in de geschriften die uit deze periode bewaard zijn gebleven, ziet men voor het eerst dat er verschil gemaakt wordt tussen een geestelijke en een wereldse sfeer. Met het verzelfstandigen van de Kerk, wordt het ook mogelijk zich een wereldlijke staat hiernaast voor te stellen. In 1122 bereiken de kerkelijke en wereldlijke autoriteiten een compromis. Tussen 1075 en 1122 ontstaat de juridische traditie. In de strijd tussen geestelijke en wereldlijke machten ontstaat de eerste moderne staat. Dat is, paradoxaal genoeg, de Kerk. Berman wijst erop dat de Kerk als gevolg van de Pauselijke Revolutie beschikt over de meeste kenmerken die bij een moderne staat horen:
   - een onafhankelijk, hiërarchisch, publiek gezag;
   - een leider die het recht bezit wetten te maken;
   - een administratief apparaat waarmee deze wetten binnen de gemeenschap van gelovigen kunnen worden uitgevoerd;
   - vormen van hoger beroep over de toepassing van kerkelijke voorschriften binnen de hiërarchische kerkorganisatie.

   Al met al vervult de Kerk wetgevende, uitvoerende en rechterlijke functies, waarbij er een rationeel en systematisch systeem van regels tot stand komt, het canonieke recht. Ook worden er belastingen geheven, wordt er een soort bevolkingsregister opgezet en wordt door middel van de doopplechtigheid een methode ontwikkeld om gelovigen tot erkend kerklid met rechten en verplichtingen te maken, een soort burgerschap. Later zullen al deze kenmerken ook opduiken bij het wereldse gezag. De Kerk is dus, eeuwen voor de moderne periode, de voorloper van de seculiere rechtsstaat.

2. Als de juridische traditie zich eenmaal gevestigd heeft, vestigt zich ook een conceptuele orde: alle ingewijden in het recht, ook als zij in politieke kwesties tegenover elkaar staan, zien het recht als een lichaam dat op organische wijze groeit. Hierin ligt, volgens Berman, de basis van het legaliteitsbeginsel. Wetgeving is nodig als middel om het land te besturen (rule by law). “Het

land wordt met recht gebouwd”, heet het in de oudste Scandinavische rechtstekst. De daardoor gevestigde rechtsorde is in principe geworteld in een door goddelijke wetten bestierd universum. De rechtsorde overstijgt de persoonlijke betrokkenheid van wetgevers en bindt iedereen, ook de vorst, aan die orde (rule of law). In de twaalfde en dertiende eeuw bepleiten zulke uiteenlopende auteurs als Johannes van Salisbury, Eike von Repgau (auteur van de *Saksenspiegel*), Bracton en Beaumanoir de binding van de machthebber aan het recht en verwoorden zij een, meestal geclausuleerd, recht op verzet voor onderdanen die met vorsten te maken hebben die zich van het recht niets aantrekken (Bernan 1983: 536). Pas met Thomas van Aquino komt er theoretische helderheid in de onderlinge verhouding tussen rechtsordes; hij poneert een hiërarchie waarin de goddelijke en de geopenbaarde wet bovenaan staan en het door mensen gemaakte positieve recht onderin, met het op de rede berustende natuurrecht als interessante verbindende factor. Een dergelijk schema maakt een kritische bejegening mogelijk van onrechtvaardige wetten en draagt zo bij aan een ideaal van legaliteit.

3. In een wereld met een pluralisme van rechtsordes – kerkelijk recht, keizerlijk recht, vorstelijk recht, gewoonterecht, stedelijk recht, feodaal recht, handelsrecht – doen zich voortdurend tussen die rechtsordes conflicten en coördinatieproblemen voor. De rechtsgeleerden zijn betrokken bij deze problemen. Hun expertise wordt niet alleen door de strijdende partijen ingehuurd, zij komen ook met oplossingen om de maatschappelijke vrede te bewaren. Het rechtspluralisme heeft uit zichzelf al het effect macht binnen bepaalde grenzen te brengen. De macht van de ene rechtsorde vindt zijn begrenzingen in de macht van de andere rechtsorde. Mensen kunnen zich soms aan een onderdrukkende orde onttrekken en zich bij een andere aansluiten. Daardoor wordt een zekere mate van burgerlijke vrijheid mogelijk. Het rechtspluralisme leidt daarnaast tot de ontwikkeling van juridische begrippen, regels en beginselen die de omgang met conflicten vergemakkelijken. Juristen gaan bevoegdheden onderscheiden, macht afbakenen; ze ontwikkelen stap voor stap het vocabulaire van het constitutionalisme. Dit vocabulaire maakt politiek-theoretische verhandelingen mogelijk (en wordt daardoor gevormd), maar het heeft ook een politiek-praktische betekenis; in de taal van wat later constitutionalisme genoemd wordt, komen wetten, verdragen en plechtige verklaringen tot stand die bepaalde rechten (en dus bepaalde grenzen aan macht) expliciet vastleggen, zoals de Magna Charta van 1215 en de Brabantse Blijde Inkomste van 1356 (Coopmans 1990).

4. Een elementaire norm die zich ontwikkelt uit de interacties van twistende partijen die de juridische traditie als gemeenschappelijk intellectueel bezit hebben is de norm van reciprociteit. Machtsaanspraken worden alleen geaccepteerd als de rechten van de partij die aan die machtsaanspraken onderworpen is ook worden erkend en gerespecteerd. De in de middeleeuwen zeer invloedrijke auteur Johannes van Salisbury drukt deze wederzijdse afhankelijkheid uit in de metafoor van het collectieve lichaam, waarin de vorst wel-

iswaar het hoofd is en de boeren de voeten, maar waarbij hij duidelijk maakt dat een goed functionerend lichaam niet alleen uit een hoofd kan bestaan en de politieke leiding zich de belangen van zijn 'onderdanen' moet aantrekken. Zelfs auteurs die de wending naar de moderne tijd inzetten door te pleiten voor een absolute opvatting van soevereiniteit, houden deze wederkerigheid in het oog en verdedigen beperkte macht als meer legitiem en effectief dan onbegrensde macht. Bodin verdedigt in de zestiende eeuw de absolute machtsaanspraken van de Franse koningen – het begrip soevereiniteit neemt daarbij een belangrijke plaats in ("de hoogste bevelende macht in een politieke gemeenschap") – maar stelt dat effectieve machtsaanspraken pas mogelijk zijn als tegelijk ook beperkingen aan de macht worden geaccepteerd. In een constitutionele staatsordening zijn de beperkingen die de vorst zich oplegt (hij moet zelf de wetten gehoorzamen, bijvoorbeeld) beperkingen die zijn macht over de onderdanen zullen vergroten, omdat ze leiden tot binding van de onderdanen aan zijn gezag. "Begrensde macht is machtiger dan onbegrensde macht" (Holmes 1995; Witteveen 1995: 156-158).

5. Het geleerde recht dat vanuit de universiteiten wordt gevoed en verder ontwikkeld, scherpt het methodebewustzijn van de juristen; dit methodebewustzijn speelt een belangrijke rol bij de verdere ontwikkeling van begrippen, regels en beginselen van rechtsstatelijkheid. Door tekstcommentaar en disputatio worden begrippen scherper omschreven en telkens weer getoetst aan casus, wat hun bruikbaarheid ten goede komt. Maximen van rechtsstatelijkheid worden door de rechtsgeleerde discussies en door de rechtszaken waar juristen aan bijdragen steeds breder verbreid en worden als gemeenplaatsen geaccepteerd. Juridische verworvenheden als het begrip bevoegdheid, het beginsel van hoor- en wederhoor en de instelling van hoger beroep zijn alleen al door hun gebruik in de rechtspraktijk ondersteuningen van rechtsstatelijkheid; als zich een probleem voordoet kunnen immers altijd vragen gesteld worden over bevoegdheid (legaliteit) en is een procedurele behandeling van het probleem voor de hand liggend. Werken met beginselen – een voorbeeld van een ingrijpende juridische technologie – leidt in een casuïstische werkwijze tot het telkens opnieuw beoordelen van feitencomplexen en tot een hermeneutische werkwijze die het bereik van de normatieve uitgangspunten voor de praktijk versterkt. Dit aspect van de juridische traditie laat trouwens zien dat als rechtsstatelijkheid eenmaal wordt opgevat als 'the rule of measures, not of men' de kwaliteiten van de mensen die dit adagium moeten waarmaken onverminderd van belang zijn.

1.2.3 DEMOCRATIE?

We kunnen zo constateren dat de juridische traditie als het ware de intellectuele omgeving vormt waarin het huis van de rechtsstaat gebouwd kan worden, met materialen die in die omgeving worden aangetroffen. Maar is dit noodzakelijkerwijs ook een democratische rechtsstaat? Over de bijdrage van de juridische traditie aan de democratie is het beeld minder duidelijk en minder eenduidig. De ken-

nis van de rechtsgeleerden werd eerder ingezet ter verdediging van monarchie en aristocratie dan om een democratie te verdedigen, een politiek systeem dat in de Aristotelische interpretatie die in de late middeleeuwen gangbaar werd, weinig aantrekkelijks leek te hebben (als heerschappij door de massa van ongeletterden). Maar zodra de strijd begint die behalve in constitutionalisme ook in democratie zal uitmonden, blijkt de juridische traditie ook hiervoor de munitie te kunnen leveren. Vooral protestantse auteurs die zich verzetten tegen katholieke vorsten en daarbij het recht op verzet prediken, vinden in het Romeinse recht adagia die tot democratische stellingen geradicaliseerd kunnen worden. Juristen als Hotman in Frankrijk en Vranx in de Nederlandse Opstand zijn met al hun geleerdheid, voorlopers van een democratische manier van denken over politiek die de positie van de vertegenwoordigers van de verschillende standen van de bevolking juridisch onderbouwen. Volgens Sap (1993) kunnen we in de calvinistische traditie van verzet tegen (katholieke) tirannie een voorloper zien van de Amerikaanse Revolutie en van de democratische opvattingen die daarin opgeld doen.

Twee meer specifieke bijdragen vanuit de juridische traditie betreffen het vereiste van consultatie bij wetgeving en het vereiste van instemming van belanghebbenden.

1. Van den Bergh (1982: 8) wijst erop dat het boek van de Digesten dat over wetgeving handelt, het begrip 'lex' heel breed omschrijft: als algemeen voorschrift *(commune praeceptum)*, als besluit van wijze mannen *(virorum prudentium consultum)*, als correctief voor wandaden *(delictorum coercitio)* en als toezegging door de leden van de gemeenschap *(communis rei publicae sponsio)*. 'Wet' omvat dan eigenlijk niet alleen de algemene regel, maar ook het bestuurlijk handelen, het uitvoerend optreden en het wetgevingsadvies. Van den Bergh wijst erop dat de kernvraag wie de bevoegdheid tot wetgeven toekomt (de vorst alleen, de vorst samen met de aanzienlijken, de vorst samen met vertegenwoordigers van het volk) door de glossatoren (= commentatoren) met deze omschrijving in verband gebracht wordt: deze biedt dan aanknopingspunten om alle drie standpunten te verdedigen. Zo betekenen volgens de glosse de woorden 'virorum prudentium consultum' dat de wet moet worden aangenomen met beraadslaging van wijze mannen. En de woorden 'communis rei publicae sponsio' betekenen volgens dezelfde glosse: ondervraging van het volk door de bestuurders, waarbij de door dezen vastgestelde wet wordt goedgekeurd. Hier vinden later democratische theorieën over de wetgeving hun aanknopingspunt, zo goed als denkbeelden over volkssoevereiniteit en sociaal contract. Maar wat de glossatoren zelf bedoelden, ging waarschijnlijk helemaal niet zo ver; zij beschreven een gangbare middeleeuwse praktijk.

2. Veel is er ook gedebatteerd en geschreven over een ander middeleeuws maxime: *quod omnes tangit ab omnibus approbetur*, oftewel: wat allen aangaat moet door allen worden goedgekeurd (Hierover: F.H. van der Burg 1984). Tijdens het directoraat van Cromwell speelde dit maxime een hoofdrol in de

zgn. *Putney Debates* waarin de reikwijdte van de macht van het parlement aan de orde was. Het maxime zou een van de bouwstenen worden voor democratische theorieën over representatie die pas door de Amerikaanse vrijheidsstrijd op de spits werden gedreven. Het is nog steeds een belangrijk kwaliteitscriterium voor democratische besluitvormingsprocessen: degene wiens belang getroffen wordt door het te nemen besluit moet ook in de gelegenheid zijn zijn stem te laten horen (of, radicaler, er zijn steun aan te onthouden). Als kwaliteitscriterium voor democratische besluitvorming sluit het maxime bovendien goed aan bij denkbeelden uit de republikeinse traditie.

1.3 DE REPUBLIKEINSE TRADITIE

1.3.1 KENMERKENDE DENKBEELDEN

De republikeinse traditie is ouder dan de juridische traditie – de Atheense polis en de Romeinse republiek staan model voor republikeinse politieke ordeningen in de Renaissance en daarna – maar heeft minder continuïteit; de republikeinse denkbeelden en praktijken zijn soms lange tijd op de achtergrond en in onbruik geraakt, om in nieuwe omstandigheden plotseling weer aantrekkelijk en overtuigend te zijn. Ook zijn er andere belangrijke verschillen met de juridische traditie. De rechtsgeleerdheid en de rechtspraktijk, met hun hermeneutische wisselwerking, zijn sterker geïnstitutionaliseerd dan republikeinse vormen van kennis en praktijken. De praktijken die republikeins zijn vinden we voorts eerder in de politieke arena dan in de rechtszaal (maar juryrechtspraak is een typisch republikeinse instelling). Daarom is de kans dat de republikeinse traditie op de achtergrond raakt groter dan de kans dat de juridische traditie haar invloed niet zal doen gelden. Leest men juridische verhandelingen over rechtsstatelijkheid dan zal men eerder de continuïteit met de eigen rechtsinstellingen herkennen, terwijl republikeinse geschriften verrassender zijn en nieuwe institutionele arrangementen voorstellen. Toch is de invloed van de republikeinse denkbeelden op democratie en rechtsstaat groot geweest. Daarop wijst alleen al een lijstje van republikeinse auteurs: Aristoteles, Cicero, Machiavelli, Harrington, Montesquieu, Madison, Rousseau, Smith.[2]

Typisch republikeinse denkbeelden kunnen in een reeks trefwoorden worden samengevat. Vrijheid, burgerschap, verantwoordelijkheid en politieke gemeenschap zijn de kernbegrippen; deliberatie, wetten, rolwisseling, educatie, economische en militaire autonomie hangen daarmee nauw samen. Hoewel de nadruk per auteur kan verschillen, is een republikeinse auteur altijd geneigd vrijheid en burgerschap voorop te plaatsen. Vrijheid is de centrale politieke ervaring die alleen in een politieke gemeenschap mogelijk is. Burgerschap tekent de houding van degene die van zo'n vrije gemeenschap deel uitmaakt: burger is hij die beurtelings regeert en geregeerd wordt, die macht zoekt en verantwoordelijkheid aanvaardt, die opkomt voor de gemeenschap maar zijn eigen belangen niet veronachtzaamt, die in openbaar debat zijn vorming zoekt en in het debat bijdraagt

aan de vaststelling van wat het algemeen belang vereist. Zoals Van Gunsteren (1998: 25) terecht constateert, is in de republikeinse traditie het burgerschap te beschouwen als het primaire politieke ambt waar andere ambten (zoals volksvertegenwoordiger, bewindspersoon of staatshoofd) van zijn afgeleid. Mensen worden burgers als zij beurtelings regeren en geregeerd worden. Door hun participatie in de publieke zaak komt een publieke ruimte tot stand waarin het de burgers zijn die onder zelfgemaakte wetten leven. Dat is het oude aristotelische ideaal van de republiek.

Als de Florentijnse humanist Francesco Guicciardini in zijn *Discorso di Logrogno* (1512) de instelling van een Grote Raad verdedigt die als vertegenwoordiging van alle burgers een benoemende en bemiddelende rol zou moeten spelen in een stadsbestuur met vele machtige partijen en instanties, geeft hij een treffende omschrijving van het oude ideaal, gericht op een situatie die meteen tot democratische vernieuwing aanzet.

"There is no point in discussing whether the best rule is that of one or of a few or of many, for liberty is proper and natural to our city. Our past was lived in liberty and we were bred in it. Not only is the desire to live in liberty a tradition handed down to us by our ancestors, but, when need arises, we defend liberty with all our means and with our very life. Liberty is nothing but the supremacy of law and public decrees prevailing over the desires of individuals. Laws, however, have no life on their own and cannot be enforced by themselves; they need servants, i.e., officials to ensure their application. It is necessary, therefore, in order to live under law rather than under the rule of men, that officials should have no fear of individuals and should not owe their office to one man or to a few, in order not to be compelled to rule the city according to the will of others. A popular way of living is therefore a necessary foundation of liberty. It is grounded and the spirit is embodied in the Great Council."
(Moulakis 1998: 121-122)

Het past allemaal harmonisch bij elkaar: de politieke vrijheid – het erfgoed van de stad waarvoor men bereid is zijn leven te geven – vereist een regime waarin niet een kleine groep of een man, maar zeer velen het op een of andere manier voor het zeggen hebben; in een toestand van vrijheid leven de burgers onder het gezag van de wetten die hun individuele verlangens in goede banen leiden als zij het algemeen belang bedreigen; wetten kunnen zichzelf niet uitvoeren; de burgers zijn de ambtsdragers die zelfstandig en onbedreigd hun werk moeten kunnen doen. Vereist is bovenal een *popular way of living*, in het Italiaans *vivere popolare*.[3]

Vrijheid, rechtsstatelijkheid en democratie gaan in de republikeinse optiek noodzakelijkerwijs met elkaar samen. Dat maakt het belangrijk om na te gaan wat voor vrijheidsbegrip de republikeinse auteurs eigenlijk voor ogen staat. Gaat het om een vrijheidssfeer waarbinnen iemand gevrijwaard is van de bemoeienis van anderen, een ideaal van *non-interference*, om wat Isaiah Berlin 'negatieve vrijheid' noemt en dus om een vrijheidsideaal dat na een lange en roerige geschiedenis neergeslagen is in de liberale visie op de klassieke rechtsstaat? Of gaat het om de vrijheid om zelf zijn eigen leven te bepalen, *to be one's own master*, om 'positieve vrijheid' en dus om een ideaal dat eerder zelfontplooiing en

individuele autonomie benadrukt en dat het doel is van de interventies van de overheid in de sociale rechtsstaat (Berlin 1958)? In discussie met de liberale opvatting van Thomas Hobbes, verwoordt James Harrington, de belangrijkste Engelse republikein, een conceptie van vrijheid die aan beide vrijheidsconcepties verwant is, maar zich toch aan deze tweedeling onttrekt. Terwijl Hobbes de afwezigheid van wetten die mensen een bepaald gedrag dwingend voorschrijven, als bepalend kenmerk van vrijheid beschouwt – er is alleen vrijheid in een domein dat niet door wetten bestreken wordt – telt voor Harrington (1977: 170-171) de vrijheid van een leven onder wetten die de burgers beschermen tegen inmenging van anderen en die daardoor juist gezamenlijk politiek handelen door de burgers mogelijk maken. Niet *liberty from the laws* (het Hobbesiaanse idee dat later in de liberale traditie het ideaal van negatieve vrijheid wordt) maar *liberty by the laws*. Philip Pettit (1997: hoofdstuk 1) laat zien dat Harrington daarmee niet is terechtgekomen bij het idee van positieve vrijheid (individuele autonomie), maar bij een ideaal van vrijheid in de zin van niet door anderen overheerst worden *(non-domination)*, van vrijheid als spiegelbeeld van slavernij. Het republikeinse vrijheidsideaal valt noch met negatieve noch met positieve vrijheid geheel samen; het is een derde weg. Het republikeinse ideaal staat namelijk wel bemoeienis met anderen toe *(interference)*, maar geen overheersing, geen machtsuitoefening. Er worden geen absolute grenzen opgericht waarbinnen de burger autonoom is, want dit zou het politieke samenhandelen schaden. Tegelijk wordt een communicatief beeld van vrijheid geponeerd: alleen in deliberatie met anderen kunnen vrije politieke beslissingen worden genomen die uitmonden in een stelsel van wetten waaronder men vrij kan leven.

De republikeinen hebben al met al een interactionistisch beeld van vrijheid, niet een individualistisch of collectivistisch beeld. Of, zoals Harrington (1977: 171) het zegt, naast “private reason” en “reason of state” is er ook nog “that reason which is the reason of mankind or of the whole” en deze publieke rede wordt door de burgers zelf in hun beraadslagingen pas ontdekt, “acknowledged by the agents themselves”.

1.3.2 PRAKTIJKEN

Politieke systemen die alle kenmerken van de republiek vertonen, zijn historisch gesproken een zeldzaamheid. Men heeft het altijd weer over dezelfde lichtende voorbeelden: over de Atheense polis en de Romeinse republiek; over Zwitserse kantons, Italiaanse stadstaten en Hollandse steden; men wijst op republikeinse praktijken in Amerikaanse lokale gemeenschappen. Feitelijk hebben deze republikeinse gemeenschappen (of, zwakker soms, situaties) doorgaans maar korte tijd werkelijk als vrije republieken gefunctioneerd. Dat neemt niet weg dat de praktijken waardoor een republiek zich onderscheidt van meer elitaire politieke systemen zich lieten transplanteren naar minder uitgesproken republikeinse systemen en situaties en dat van die praktijken een voorbeeldwerking uitgaat: wie democratie nastreeft die net iets meer is dan periodieke verkiezingen voor een volksvertegenwoordiging, kan niet om die republikeinse praktijken heen. Waar

gaat het dan om? Kort gezegd: om al die instituties en bijbehorende spelregels die vorm geven aan *participatie, representatie en deliberatie*, in een constitutioneel kader dat zowel krachtig politiek handelen mogelijk maakt, als machtsbeperking.

Participatie staat voorop, want een republiek is eigendom van alle burgers die als vrije en gelijke mensen met elkaar beslissen over de zaken die allen aangaan. Dat motief kunnen we herkennen in de volksvergadering – daar komen alle betrokkenen in persoon bijeen om zich uit te spreken, zich te laten overtuigen en te beslissen. Het referendum en het volksinitiatief zijn instituties die hier goed bij aansluiten. We zien het in de instelling van roterend lidmaatschap van bestuurlijke organen: door snelle wisseling van functionarissen die door het lot worden aangewezen, hebben meer mensen de verantwoordelijkheid voor het bestuur en heeft iedereen in principe de kans om de rol te vervullen.[4] Juryrechtspraak is een typisch republikeinse instelling. Directe participatie houdt niet op bij de besluitvorming, maar betreft ook de uitvoering van het besluit. Atheense burgers die voor oorlog stemmen, moeten zelf de oorlogsschepen bemannen, Zwitserse boeren die voor de aanleg van een weg stemmen, zullen zelf de handen uit de mouwen moeten steken. Participatie wordt vaak alleen mogelijk geacht in kleinschalige politieke gemeenschappen, zoals deze voorbeelden illustreren. Toch is het bereik van republikeinse participatiepraktijken niet tot kleinschalige politieke gemeenschappen beperkt. Referendum en juryrechtspraak kunnen ook gehanteerd worden in grote politieke gemeenschappen. In het grotere verband van een samenleving die de schaal van directe participatie van allen in alle aangelegenheden is ontgroeid, bevelen republikeinen de schepping aan van kleinere verbanden, organisaties en gremia waarin directe participatie weer wel mogelijk is, met een zekere doorwerking op het complexe systeem van politieke en bestuurlijke instellingen van de grotere gemeenschap. Wat republikeinse praktijken als vormen van participatie van niet-republikeinse praktijken onderscheidt, is het inclusieve en openbare karakter ervan. De kunst van het adviseren van de vorst is door het geheime karakter ervan geen republikeinse kunst en datzelfde geldt voor de kunst van het consulteren van de elite of de kunst van het voeren van diplomatieke onderhandelingen.

Representatie is noodzaak, ook in een kleinschalige politieke ordening, want het is onmogelijk dat iedereen voortdurend participeert in alle zaken die hem of haar in theorie aangaan. Er moet immers een subtiel evenwicht gezocht worden tussen deelnemen aan publieke en aan private activiteiten. Verkiezingen van vertegenwoordigers zijn ook in de republikeinse opvatting noodzakelijk en aanvaardbaar, mits ervoor gezorgd wordt dat de gekozenen verplicht zijn verantwoording af te leggen aan hun kiezers en daadwerkelijk tot de orde geroepen kunnen worden. Het recht van recall is in dat licht een republikeinse praktijk. Vertegenwoordiging staat in een republikeins perspectief nooit los van verantwoordelijkheid en openbare verantwoording; de uitvinding van het mandaat is geen republikeinse uitvinding, die van de checks and balances wel. Een bijzondere vorm van representatie is de constitutionele conventie die het mogelijk maakt ook de

inrichting van het politieke bestel zelf aan een beredeneerde keuze van de vertegenwoordigde leden te onderwerpen.

Zowel bij praktijken die participatie teweegbrengen als die welke representatie beogen, is het er steeds om begonnen mogelijkheden te scheppen voor: deliberatie, voor openbaar debat over alle relevante aspecten van politieke kwesties, voor het gaande houden van een permanente maatschappelijke discussie die in vele concrete beslissingen uitmondt, maar ook de breder circulerende argumentenstroom voedt. Republikeinse deliberatie komt tot uitdrukking in retorische situaties waar met inachtneming van daartoe geschikte spelregels een vrij en scherp debat wordt gevoerd ten overstaan van een oordelende instantie (Witteveen 1988: hoofdstuk 3). Openbaarheid, vrijheid van meningsuiting, machtsbeperking in publiek en privaat domein, algemeen onderwijs en opvoeding tot burgerschap zijn enkele randvoorwaarden.

Participatie, representatie en deliberatie zijn geen doelen op zich, maar moeten gerelateerd worden aan effectieve machtsvorming en machtsbeperking en aan regelmatig institutioneel ontwerp om de ordening aan nieuwe kansen en uitdagingen aan te passen. Dat maakt republikeinse arrangementen ook subtieler dan het propagandistische beeld (van Plato tot Schumpeter) van de directe democratie als een grote vergadering waarin niet de rede maar emoties de overhand hebben. We zien Guicciardini bijvoorbeeld in zijn *Discorso di Logrogno* niet alleen de taken en bevoegdheden van de Grote Raad bespreken, maar deze ook zorgvuldig markeren ten opzichte van de taken en bevoegdheden van andere politieke organen, zoals de Gonfalonier (de functionaris die belast is met de uitvoerende en militaire macht) en de Senaat (een adviesorgaan van vooraanstaande burgers). Harrington verwoordt in zijn politieke pamfletten zijn visie op de ideale republiek in algemene termen heel beknopt, om vervolgens eindeloze beschouwingen ten beste te geven over de details van het institutionele ontwerp van volksvergaderingen in soorten en maten en van de interrelaties tussen wetgevende, uitvoerende en rechtsprekende organen. “Liberty is in the details.”

1.3.3 BIJDRAGEN AAN DE RECHTSSTATELIJKE DEMOCRATIE

Net als de juridische traditie heeft ook de republikeinse traditie invloedrijke denkbeelden over democratie en rechtsstatelijkheid opgeleverd en zijn er ook praktijken aanwijsbaar die dit gedachtegoed praktisch bruikbaar hebben gemaakt. Toch liggen de accenten anders. De juridische traditie heeft meer betekend voor rechtsstatelijkheid, de republikeinse traditie heeft meer bijgedragen aan de ontwikkeling van nieuwe vormen van volksinvloed. De republikeinse idealen zijn echter ook vaker gefrustreerd dan de juridische; veel van de typisch republikeinse instituties worden in de praktijk afgewezen, slechts in een beperkte vorm getolereerd of van hun gevaarlijke democratische kanten ontdaan. De Nederlandse variant van het correctief wetgevingsreferendum is daar een goede illustratie van. Dat wordt door een belangrijk deel van de politieke elite een bedreiging gevonden voor de vertegenwoordigende democratie en is daarom

hooguit toelaatbaar als correctie op het normale politieke proces (vandaar dat het alleen achteraf al aangenomen wetgeving mag betreffen). In de in discussie zijnde voorstellen zijn vergaande procedurele drempels opgenomen en worden er vele inhoudelijke uitzonderingen gemaakt, terwijl de variant van het volksinitiatief door de regering als te vergaand werd beschouwd om zelfs maar als voorstel te worden ingediend. Vergelijk daarmee eens de soepele, niet tot grote politieke controversen aanleiding gevende uitbreiding van de rechtsbescherming tegen de overheid in Nederland (invoering Wet AROB, opnemen van een hoofdstuk grondrechten in de Grondwet, doorwerking van het EVRM).

Met al zijn praktische beperkingen biedt de republikeinse traditie echter wel iets bijzonders. Republikeinse denkbeelden en voorstellen hebben een groot kritisch potentieel. Republikeinse auteurs geven een samenhangend en in veel omstandigheden aanlokkelijk beeld van de ideale democratie, waarin vrijheid, burgerschap, deliberatie, wetgeving en beperkte macht worden gecombineerd. De idealen van vrijheid als non-dominantie en van deliberatieve politiek in interactie met anderen staan haaks op de politieke en bestuurlijke praktijken van een complexe staat die niet zozeer de democratie lijkt na te streven, maar de bureaucratie, de meritocratie of de marktsamenleving. Republikeinen stellen niet de overheid, niet het bedrijfsleven, niet de grote maatschappelijke organisaties, maar de burgers centraal. Het is een uitnodiging zich een samenleving voor te stellen waarin burgers weer de hoofdrol spelen op het politieke toneel. Ook als het lastig is om aan zulke visies een praktische vertaling te geven, blijft het republikeinse beeld van de democratie een regulatief ideaal, een maatstaf waaraan voorstellen tot democratische en bestuurlijke vernieuwing kunnen worden afgemeten (Witteveen 2000b).

Twee meer specifieke en sterk met elkaar samenhangende bijdragen vanuit de republikeinse traditie betreffen de aandacht voor institutioneel ontwerp en de bereidheid tot experimenteren met nieuwe democratische vormen.

1. De klassieke republikeinse auteurs hebben een haast sociologische belangstelling voor instituties en gaan uitvoerig in op de vraag volgens welke beginselen democratische instellingen precies moeten worden vormgegeven. Dat begint al bij Aristoteles met zijn typologie van staatstypen, waarvoor hij vergelijkend onderzoek deed naar de constituties van de Griekse stadstaten. Cicero gaat strijdend voor de aloude republikeinse vrijheid (voor zijn interpretatie daarvan) ten onder. Machiavelli en Guicciardini behoren tot de vele auteurs die de constituties van hun eigen stadstaat aan een kritisch onderzoek onderwerpen, in het licht van het republikeinse voorbeeld (Machiavelli doet dit op een indirectere manier via zijn commentaren bij Livius, Guicciardini propageert een nieuwe constitutie). Harrington stelt zich een imaginaire Engelse republiek voor die hij *Oceana* noemt en waarvan hij de staatsinstellingen tot in detail schetst en polemisch verdedigt; Oceana is geen Utopia, want minder abstract en vrijblijvend, een herkenbaar op de plek van Engeland gesitueerde staat. Montesquieu is republikeins in zijn

consciëntieuze onderzoek van de principes die de drijvende kracht zijn van alle staatsvormen (dus niet alleen van de goede, gematigde republiek, die voor hem Engeland is). In de *Federalist Papers* bereikt dit genre van de concrete utopie zijn hoogtepunt. De argumentaties die voor het federalisme pleiten als nieuwe republikeinse vorm en die het principe van *checks and balances* onderbouwen, zijn ook te gebruiken voor institutioneel ontwerp in nieuwe omstandigheden. Dat geldt met name voor de erkenning van de voortgaande dynamiek van eenmaal geconstitueerde staatsinstellingen die zich in hun praktische werking aan de oorspronkelijke bedoeling zullen onttrekken. Gegeven de onvermijdelijkheid van dit verschijnsel in een vrije samenleving, is het raadzaam van tijd tot tijd na te gaan hoe het gesteld is met de werkelijke machtsbalans om te zien of federalisme en *checks and balances* nog aan hun doelstellingen beantwoorden. Een herijking van de machtsbalans moet met regelmaat op de politieke agenda staan (Witteveen 1991: 69-73).

Het republicanisme is een van de inspiratiebronnen voor de moeilijke kunst van het *institutional design*.[5] Zo blijken republikeinse concepten en idealen een rol te spelen in de discussie over democratische instituties voor de Europese Unie, nadat dat na 1989 ook al het geval was met de discussie over de democratisering van de politieke systemen van Oost-Europa.[6] In hoofdstuk 5 wordt aandacht besteed aan de intellectuele stroming van *deliberative democracy*, die uit de republikeinse traditie voortkomt en onder meer beschouwingen voortbrengt over het ontwerp van democratische instituties.

2. Republikeinse auteurs beseffen dat het moeilijk is participatie, representatie en deliberatie duurzaam vorm te geven in een vrije samenleving. Zij zijn daarom bereid om te experimenteren met nieuwe vormen. Op dit punt onderscheiden zij zich van de juristen die beroepshalve veel waarde hechten aan vormen die uit het verleden zijn overgeleverd (het corpus juris, precedenten, gevestigde instellingen die hun waarde bewezen hebben) en zich vaak intuïtief tegen vernieuwing keren. Republikeinen hebben minder binding met de status quo, waarin zij altijd imperfecties ontwaren. Guicciardini en Harrington zijn voorbeelden van republikeinen die in hun werk voortdurend nieuwe voorstellen doen waarvan zij stellen dat die hun waarde zullen bewijzen door ermee te experimenteren.

Moderne auteurs met een republikeinse thematiek kiezen vaak ook voor het experiment. Experimenten maken het niet alleen mogelijk om stap voor stap politieke instituties te verbeteren en van de resultaten tussentijds te leren, zij hebben ook het voordeel dat een uitweg gevonden wordt uit de impasse waarin debatten over democratische en bestuurlijke vernieuwing maar al te vaak terecht komen. Het democratische experiment hoeft niet automatisch de nieuwe norm te worden, daar is het een experiment voor en geen wet. Voor de tegenstanders is er voor experimenteren echter geen precedent (invloed van de juridische tradi-

tie); zij zien het experiment als strijdig met het idee van een constitutioneel verankerde orde. In hoofdstuk 6 zal het interessante experiment van Fishkin met de *deliberative opinion poll* als een vorm van republikeins geïnspireerde democratische vernieuwing worden besproken. In Nederland vinden vooral bij de lagere overheden ook belangrijke experimenten plaats met nieuwe vormen van burgerinvloed op het politieke en bestuurlijke proces (Depla 1995). Daarbij wordt steeds vaker gebruik gemaakt van de mogelijkheden van informatie- en communicatietechnologie.

1.4 TRADITIES EN ORDENEND VERMOGEN

De twee in dit hoofdstuk besproken tradities – de juridische en de republikeinse – vertonen familieverwantschap. Ouder dan de moderne staat, dragen ze denkbeelden en daarmee verbonden praktijken over die ook los van de moderne staat van betekenis zijn. Soms zijn de twee tradities met elkaar verknoopt. Bijvoorbeeld is dat het geval wanneer het erom gaat de centrale betekenis van vaste wetten voor een vrije samenleving te bepleiten. Soms staan ze ook, als in een familievete, op gespannen voet met elkaar, getuige de niet aflatende discussie over democratische vernieuwing. De belangrijkste auteurs zijn vaak vertrouwd met het gedachtegoed van de andere traditie; veel republikeinse auteurs hebben juridische scholing (daarom kunnen zij zich ook zo goed uitleven op de details van het staatsrecht), veel juristen hebben een rol als politiek adviseur of commentator en kennen het democratische idioom.

De twee tradities zijn met de opkomst van het wereldomvattende systeem van moderne staten op de achtergrond geraakt, al zijn veel van de rechtsstatelijke en democratische waarden overgenomen en in de staatsorganisatie verwerkt (het Duitse woord 'verkörpert' drukt dit mooier uit). Hebben de twee tradities in die fundamenteel veranderde situatie nog iets te zeggen? Hebben ze nog steeds ordenend vermogen? Is het nog steeds zinvol om naar aanleiding van actuele 'vraagstukken der democratie' klassieke auteurs te lezen van Aristoteles tot Madison en zelfs minder bekende schrijvers als Guicciardini en Harrington? Wat voor de blijvende relevantie van de juridische en de republikeinse traditie pleit, is misschien juist het achtergrondkarakter van deze intellectuele stromingen. De denkbeelden en praktijken van rechtsstatelijkheid en burgerinvloed zijn niet weg te denken uit de Europese cultuur, ook als die denkbeelden en praktijken naar de marge zijn gedrongen; ze kunnen uit de marge weer in het centrum van de aandacht worden geplaatst en zo in confrontatie met de gangbare teksten van de democratische rechtsstaat tot nieuwe interpretaties en tot hervormingen aanzetten.

De overtuigingskracht van tradities, hun ordenend vermogen, hangt samen met de drie definiërende eigenschappen van een traditie: oriëntatie op het verleden, gezaghebbende aanwezigheid van teksten en praktijken, bewuste overdracht aan de nieuwe generatie. Traditie is niet iets vasts en onveranderlijks, geen voorwerp of ritueel dat in handen van nieuwe gebruikers wordt gesteld. Traditie is geen

vaste gewoonte, maar een veranderlijk patroon dat in voortgaand debat opnieuw vorm en betekenis moet krijgen. De 'overdracht' van de traditie van de ene op de andere generatie is ook geen automatisme. Er is sprake van intelligente reactie op de overdracht, van discussie over de vraag wat de normen, regels, et cetera betekenen, van interpretatie van praktijken en gebruiken. Dat hoort allemaal ook bij de traditie, het is er het reflectieve deel van. De nieuwe generatie moet zich de overgedragen waarden eigen maken en geeft er daarbij onvermijdelijk een iets andere betekenis aan. Tradities zijn flexibel, vatbaar voor herinterpretatie en bewerking. Binnen een traditie is zelfs plaats voor radicale innovatie, als de innovatie naar het inzicht van de deelnemers aan de traditie maar beter uitdrukking geeft aan de vermeende kern, aan waar het echt om gaat. Bovenal moet er altijd discussie plaats vinden over de waarde van het overgedragene, over de redenen waarom het zo moet en niet anders. Tradities hebben een pointe en vinden hun uitdrukking dan ook vaak in gezaghebbende verhalen die de ronde doen in de cultuur. Alasdaire MacIntyre legt er in zijn theorie over tradities de nadruk op dat de overdracht in een zinvol verband moet worden geplaatst. Juist omdat het gaat om zingeving, om inpassing in van tevoren gegeven rollen, om accepteren van verhalen die al eerder verteld zijn, om omgang met gezaghebbende voorbeelden, woedt er altijd een discussie, soms een strijd van argumentaties, over de ware betekenis van de traditie. Dit geldt zeker voor instellingen, zoals een universiteit, een ziekenhuis of een parlement.

"When an institution (...) is the bearer of a tradition of practice or practices, its common life will be partly, but in a centrally important way, constituted by a continuous argument (...) Traditions, when vital, embody continuities of conflict."

Een traditie is, zo beschouwd, een debat dat in de loop van de tijd wordt voortgezet. MacIntyre geeft een soort definitie als hij concludeert: "A living tradition is an historically extended, socially embodied argument, and an argument precisely in part about the goods which constitute that tradition" (MacIntyre 1981: 206-207).

We komen zo tot de slotsom dat de juridische en de republikeinse traditie denkbeelden en praktijken omvatten die ook in de moderne rechtsstaat gemobiliseerd kunnen worden. Ook als de denkbeelden zich concretiseren tot gevestigde praktijken, als er politieke organen komen met vast afgebakende taken en bevoegdheden, als er spelregels zijn die meer als geldend recht worden beschouwd dan als de uitdrukking van betwistbare beginselen, dan nog kunnen de tradities hun betekenis houden als pointe en contrapunt voor de gevestigde praktijken van de democratische rechtsstaat. Ze houden kritisch potentieel.

Is het inmiddels aannemelijk geworden dat de twee tradities een bron van kracht vormen bij nieuwe uitdagingen aan de democratische rechtsstaat? Het moet nog even een open vraag blijven, want de tradities zijn nog pas in grote lijnen in beeld gebracht en over de uitdagingen is nog niets gezegd. In hoofdstuk 3 komen we erop terug als we zullen proberen het idee van democratische rechtsstatelijk-

heid in een aantal kwaliteitsmaatstaven te vertalen; deze maatstaven zijn vaak in een of beide tradities uitdrukkelijk aan de orde geweest. Eerst moeten we echter een tweede blik werpen op de democratische rechtsstaat. Nu niet als domein voor gevleugelde woorden en gewortelde tradities, maar als juridische en politieke verworvenheid die voortdurend verdere vormgeving vereist.

NOTEN

1 Over de New Deal en wat daarna kwam: Sunstein (1990).
2 Het standaardwerk over de republikeinse traditie dat deze auteurs met elkaar en met vele minder bekende auteurs verbindt, is Pocock (1975).
3 In deze terminologie klinkt de Latijnse term 'vita politica' door die door Simon Stevin in 1590 in het Nederlands zou worden vertaald tot 'het burgherlick leven' (Stevin 2001).
4 Volgens Manin is het roterende lidmaatschap waarbij het lot de kandidaten selecteert, onderscheidend voor de republikeinse democratie, in tegenstelling tot het mechanisme van de algemene verkiezing dat sneller leidt tot elitevorming en daarom 'aristocratischer' is (Manin 1997).
5 Voor een overzicht van deze interdisciplinaire beweging, zie Goodin (1996).
6 Zie onder meer: Elster and Slagstad (1993); Eriksen and Fossum (2000).

2 DE DEMOCRATISCHE RECHTSSTAAT. GEVESTIGD VERWACHTINGSPATROON EN PERMANENTE VORMGEVING

2.1 STELLINGNAME

Nederland is anno 2001 een democratische rechtsstaat; dat lijdt geen twijfel (Böhtlingk 1958 en Bovens 1999). Dat wil in elk geval zeggen dat de democratische rechtsstaat veel solider is dan het altijd flexibele gedachtegoed van een of meer tradities die aan democratie en rechtsstatelijkheid waarde hechten. Wel is er altijd debat over de democratie en rechtsstatelijkheid maar in de overtuiging dat de democratie en de rechtsstaat tot op grote hoogte verworvenheden zijn, dat veel van hun beloften in de dagelijkse praktijk van het openbaar bestuur wordt waargemaakt. De democratische rechtsstaat Nederland omvat niet alleen tradities van denken en doen, is niet alleen een voortgezet debat (zoals MacIntyre het noemt), maar is neergeslagen in praktijken, instituties en spelregels; is van theoretisch bouwwerk tot een maatschappelijke verwachting geworden. De rechtsstaat is ‘levend recht’: heel wat meer dan een papieren waarborg. Maar hoeveel meer? Als de vraag gesteld wordt wat de democratische rechtsstaat dan wel precies inhoudt en wat voor praktische consequenties eraan moeten worden verbonden, beginnen de meningsverschillen. Het ideaal van de democratische rechtsstaat lijkt daarin op andere grote, omvattende en niet geheel bepaalbare idealen als gerechtigheid, vrede, duurzaamheid. De mate waarin zulke idealen in de praktijk worden verwerkelijkt, is variabel en blijft afhankelijk van menselijk handelen. De democratische rechtsstaat is dus niet een vanzelfsprekende verworvenheid die een vaste plaats heeft in de politieke gemeenschap, geen veilige basis voor een algemene consensus. Niet alleen is het in de praktijk vaak onmogelijk om alle pretenties waar te maken en is daarom alleen al permanent aandacht vereist voor de kwaliteit van de rechtsstaat, ook zijn er telkens nieuwe uitdagingen waarop vanuit de democratische rechtsstaat intelligent gereageerd moet worden (om over anticipatie en het benutten van kansen voor verdere uitbouw van democratie en rechtsstatelijkheid nog maar te zwijgen). De democratische rechtsstaat Nederland is een gevestigd verwachtingspatroon, maar vereist permanente vormgeving om zijn waarde te behouden of zelfs te vergroten.

De uitgangsstelling van dit hoofdstuk is in dit licht de volgende:

De democratische rechtsstaat is een veelvormige, dubbelzinnige en principieel onvoltooide verworvenheid.

In het vervolg van dit hoofdstuk zullen de termen uit deze stelling stuk voor stuk worden toegelicht.

2.2 HET BEGRIP 'RECHTSSTAAT'

In de staatsrechtelijke literatuur wordt het begrip 'rechtsstaat' weliswaar op uiteenlopende manieren gedefinieerd, maar daarbij komen telkens dezelfde elementen naar voren. Een gezaghebbende omschrijving is gegeven door Hirsch Ballin; hierin staat het legaliteitsbeginsel centraal.

"Volgens het legaliteitsbeginsel mogen aan de *vrijheid* van de *burgers* door de *overheid* geen andere *beperkingen* worden gesteld, dan die welke in *voor allen gelijkelijk geldende*, door de *volksvertegenwoordiging* aanvaarde *wetten* zijn neergelegd." (Hirsch Ballin 1991b: 74)

In deze omschrijving komen bij de gecursiveerde termen de verschillende elementen van de rechtsstaat in onderling verband aan de orde. Voorop staat het element van de *vrijheid*. Hirsch Ballin verwijst hiermee naar de klassieke grondrechten die de vrijheidssfeer van de burger beschermen tegen inbreuken door de overheid en naar de sociale grondrechten die een zekere mate van overheidsactiviteit vergen om de ontplooiing van mensen te bevorderen; veel grondrechten hebben feitelijk zowel een klassieke als een sociale dimensie (zoals de vrijheid van onderwijs). De verwijzing naar de *burgers* betreft de dragers van die grondrechten, maar is tegelijkertijd een duidelijke verwijzing naar het democratische karakter van de politieke gemeenschap. De *overheid* is niet alleen het feitelijke complex van bevoegde bestuursorganen, maar in normatieve zin ook de instantie die (in een omschrijving van Scheltema (1989: 11-25) een dienende overheid moet zijn, die op doelmatige wijze handelt met het oog op het algemeen belang. In de rechtsstaat zijn door de overheid te stellen *beperkingen* aan de vrijheid onvermijdelijk en nuttig, maar het overheidsbeleid moet de maatschappelijke vrijheid zoveel mogelijk respecteren. Tot dit doel is het niet voldoende zich op de grondrechten te oriënteren; de overheid moet ook in al haar optreden voldoen aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Het *gelijkheidsbeginsel* vloeit voort uit het centraal stellen van vrijheid en burgerschap en is dan een zowel politiek als juridisch uitgangspunt; legaliteit is de methode die de gelijkheid voor, onder en door de wet mogelijk maakt. De *volksvertegenwoordiging* moet met de wetten instemmen, omdat dit democratisch is. Uit de combinatie van een volksvertegenwoordiging die bij de wetgeving betrokken is, een overheid die haar beleid in wetten vorm geeft en bij het streven het algemeen belang te dienen aan de wetten gebonden is en de burgers die in hun vrijheid beschermd worden, volgt de noodzaak van de trias politica: het principe van machtsverdeling tussen wetgever, bestuur en rechter. De *wetten* zijn het voornaamste communicatiemiddel van de democratische rechtsstaat: door participatie in het proces van wetgeving, wetsgebondenheid bij het beleid en respect voor de wet in het maatschappelijk verkeer (vrijheid en verantwoordelijkheid) stelt de democratische en rechtsstatelijke politieke gemeenschap zichzelf de wet.

Door de definitie van Hirsch Ballin in al haar onderdelen te beschrijven en elk onderdeel van een korte toelichting te voorzien, ontstaat al een herkenbaar beeld van de democratische rechtsstaat. Vrijheid en wet zijn de centrale elementen die

in het legaliteitsideaal samenkomen en juridische bewerking mogelijk maken (door de actoren van de trias politica). De elementen burger en volksvertegenwoordiging verwijzen naar de democratie. Is deze verbinding tussen rechtsstaat en democratie echter conceptueel en empirisch noodzakelijk?

2.3 HET DEMOCRATISCHE KARAKTER VAN DE RECHTSSTAAT

Logisch gesproken is er op conceptueel vlak geen noodzakelijke verbinding tussen rechtsstaat en democratie. Een regime dat in overeenstemming met het legaliteitsbeginsel door wetten regeert en vrijheden respecteert, kan dit ook doen zonder een volksvertegenwoordiging invloed te geven op de wetten. De wetgever kan behalve een democratisch gekozen en gelegitimeerd orgaan ook een verlichte vorst zijn (zoals Frederik II van Pruisen) of een aristocratische elite (zoals liberale regeringen waren vóór de invoering van het algemeen kiesrecht) of een bewind van ambtenaren, experts en belangenvertegenwoordigers (zoals feitelijk in moderne verzorgingsstaten op veel deelterreinen van het bestuur het geval is). De weg van de wetgeving kan ook bewandeld worden door niet-democratische organen en is begaanbaar volgens niet-democratische procedures, mits de waarden van de rechtsstaat daarbij in acht genomen worden.

Toch is een rechtsstatelijk regime dat in het geheel niet democratisch opereert, psychologisch en sociologisch onhoudbaar. Er is empirisch gezien – althans in de westerse cultuur, met haar streven naar individuele autonomie – geen cultureel klimaat dat alleenheerschappij accepteert, hoe verlicht ook. Macht moet naar de heersende mening bij voorkeur gedeelde en publiekelijk verantwoorde macht zijn. Experimenten die alleen de rechtsstaat nastreven en de democratie buitensluiten zijn er sinds de 18e eeuw trouwens niet veel geweest; en autocratische regiems laten zich doorgaans niet alleen weinig gelegen liggen aan de stem des volks, maar ook niet aan de vrijheid en de legaliteit. Een goed functionerende rechtsstaat heeft een democratische politieke cultuur nodig. In de samenleving moeten houdingen, handelingspatronen en instituties aanwezig zijn die ervoor zorgen dat de inhoudelijke aspiraties van de rechtsstaat (vrijheid, algemeen belang) niet ondergesneeuwd raken door bestuurlijk instrumentalisme (waarvoor de wet een bestuursinstrument is en de trias politica een doelmatige arbeidsverdeling).

Een rechtsstaat hoeft niet maximaal democratisch te zijn en een democratie hoeft geen zeer hooggespannen rechtsstatelijke aspiraties te hebben om te kunnen functioneren, maar een zekere mate van het een is vereist voor het ander. Naar de normen en waarden van de westerse cultuur kunnen we spreken van een tweezijdig ethisch minimum. Voor een vrije en democratische samenleving is het een ethisch minimum om elementaire eisen van de rechtsstaat te honoreren (zoals de eis van onafhankelijke en onpartijdige rechtspraak); omgekeerd kan een zekere mate van democratie als ethisch minimum gelden voor een staat die een rechtsstaat pretendeert te zijn (er zal dan bijvoorbeeld toch altijd openbaar en vrij debat mogelijk moeten zijn over de inhoud van de wetten; de machthebbers

zullen oppositie moeten toestaan). Boven het ethisch minimum wordt de wisselwerking intensiever: een sterke democratie maakt een sterke rechtsstaat mogelijk en omgekeerd is een versterking van het rechtsstatelijk gehalte van de staatsordening een impuls voor democratisering. Het zal omgekeerd zo zijn dat de wisselwerking ook in neerwaartse richting kan plaatsvinden: een zwakke democratie verzwakt ook de rechtsstaat (en vice versa).

2.4 DE DEMOCRATISCHE RECHTSSTAAT IS EEN HISTORISCHE VERWORVENHEID

De democratische rechtsstaat zoals wij die nu kennen is met vallen en opstaan en in vele etappes tot stand gekomen; het is een verworvenheid met een lange en gecompliceerde geschiedenis. Geen nationale geschiedenis, die men zou kunnen laten aanvangen bij een of ander jaartal – 1798, 1848, 1919 of 1976 zijn de meerkeuzeopties die Bovens geeft – maar een transnationale, die de naties in West-Europa verbindt met de Verenigde Staten en die teruggaat tot de late Middeleeuwen. In het vorige hoofdstuk hebben we gezien dat Berman het beginpunt voor de rechtsstaat ziet in de Pauselijke Revolutie van 1075 die van de Katholieke Kerk in zijn verzet tegen de macht van keizer en koningen de eerste moderne staat maakt en het begin is van een Europees machtspluralisme dat weer de voorloper is van het constitutionalisme. Die geschiedenis is ook niet het verhaal van een ongebroken en zegevierende traditie à la Burke waarin het ideaal van de democratische rechtsstaat steeds beter gearticuleerd en ten slotte gerealiseerd werd. Een aantal intellectuele tradities – die soms onderling op voet van oorlog stonden – hebben er op hun manier aan bijgedragen, van het katholieke tot het seculiere natuurrecht, van het protestantisme tot het liberalisme en het democratische socialisme, van het Romeinse recht tot de republikeinse politieke theorie. En de vorming van de rechtsstaten ging gepaard met politieke, religieuze en sociale strijd, werd gemarkeerd door revoluties (de Franse en de Amerikaanse) en kwam pas na de tweede helft van de 19e eeuw in rustiger vaarwater (althans bij ons) om in de loop van de 20e eeuw door de opkomst van totalitaire en antidemocratische systemen weer ernstig te worden bedreigd.

De contouren van deze fascinerende geschiedenis moeten hier vaag blijven (Kriegel 1975). Waar het om gaat is vast te stellen: dat de democratische rechtsstaten zoals wij die in Europa en in de Verenigde Staten kennen een historische verworvenheid zijn, en wat van dit inzicht de consequenties zijn. De gevolgtrekking ligt bijvoorbeeld voor de hand dat het gedachtegoed van de rechtsstaat oude en nieuwe lagen kent. Er zijn elementen aan te wijzen die teruggaan tot ver in de geschiedenis en recente beginselen die pas kort deel uitmaken van de rechtsstatelijke tradities. In zijn oratie verwoordt Bovens dit inzicht met de didactische metafoor “De rechtsstaat is een huis met verschillende verdiepingen”. De benedenverdieping van het huis van de rechtsstaat, die gebouwd is in de 18e eeuw, bevat de volgende ‘kamers’: vrijheidsrechten (zoals recht op leven, eigendom, vrije meningsuiting en habeas corpus), trias politica, rechtsbescherming en legaliteit. In de 19e eeuw werd op deze liberale basis in democratische periodestijl

een verdieping opgetrokken die kamers bevat voor de politieke rechten, het parlementaire stelsel (inclusief ministeriële verantwoordelijkheid en vertrouwensregel) en de Weberiaanse scheiding van politiek en bestuur. Daar is in de 20e eeuw, toen men in sociale stijl bouwde, een verdieping opgekomen met kamers voor de sociale rechten en voor het behoorlijk bestuur.

Wat in dit didactisch fraaie overzicht belangrijk is op te merken, is dat er in de loop van de geschiedenis telkens stijlbreuken optreden: de overgang van liberaal naar democratisch, naar sociaal gaat gepaard met wisselingen van perspectief en komt tot uitdrukking in een andere waardering van de al aanwezige elementen of kamers van de rechtsstaat. Er komen bij de uitbouw van de rechtstaat spanningen en tegenstrijdigheden aan het licht, zoals die tussen het liberale streven naar een terughoudende overheid en het sociale streven naar een actieve overheid, gericht op andere interpretaties van de vrijheid (en van de gelijkheid en de broederschap). De oudere bouwlagen van de rechtsstaat zijn in nieuwe omstandigheden en in het licht van andere normatieve uitgangspunten niet vanzelfsprekend, maar moeten hun waarde opnieuw bewijzen (de verleiding is als het ware groot om de kamers van de benedenliggende verdieping in de kleuren van de hogere verdieping over te schilderen).[1] Een tweede stelling die met behulp van de metafoor van het huis van de rechtsstaat aannemelijk gemaakt kan worden, is dat er zelfs voor het in stand houden van wat al gebouwd is voortdurend onderhoud nodig is om het gebouw functioneel te houden (anders gaat de schoorsteen lekken en rotten de sponningen weg). De democratische rechtsstaat is een constructie die onderhoud nodig heeft om zelfs de oude functies alleen maar uit te kunnen blijven oefenen.

Het huis van de rechtsstaat staat altijd wel ergens in de steigers, al is het dan tegelijkertijd in vele opzichten een goed bewoonbare woning. Wordt het huis van de rechtsstaat door al dat onderhoudswerk en die kleine en grote verbouwingen steeds beter en functioneler? Hier zien we een mogelijk gevaar van de gebruikte beeldspraak: een impliciet vooruitgangsgeloof, als men zich op het standpunt stelt van de huidige bewoners tenminste.[2] De verworvenheden van de rechtsstaat kunnen echter ook weer worden afgebroken. Een voorbeeld is de geleidelijke opname van de Nederlandse politieke orde in een Europese politieke orde die gepaard gaat met verlies aan rechtsstatelijkheid op enkele wezenlijke punten. De openbaarheid van het bestuurlijke proces en van documenten is op Europees niveau vooralsnog beperkter gewaarborgd; in Europa bestaat ook een minder effectieve controle op de handhaving en uitvoering van regels en is er sprake van meer fraude en corruptie.

Een derde conclusie kan nu zijn dat het gebouw niet totstandgekomen is volgens een van tevoren bepaalde blauwdruk en niet door een monumentenpolitie wordt beschermd; door de nieuwe generaties bewoners wordt het naar eigen inzichten verder verbouwd. (Bovens wil er bijvoorbeeld een, aan de 21e eeuw aangepaste, digitale verdieping op zetten met kamers voor informatierechten en beginselen van behoorlijke informatievoorziening.) In de praktijk is de democratische

rechtsstaat voortdurend aan veranderingen onderhevig; het debat over wat er waardevol is aan de rechtsstaat en hoe deze moet worden vormgegeven is daarom een wezenlijk onderdeel van het democratische proces.

2.5 DE VEELVORMIGE RECHTSSTAAT IS EEN HUIS MET VELE WONINGEN

Niet iedereen ziet hetzelfde huis van de rechtsstaat. Zoals de waarde of betekenis van een huis varieert met de positie, de identiteit en de belangen van de kijker, verschilt de waarde of de betekenis van de rechtsstaat ook met de positie, de identiteit en de belangen van degene die zich erover uitspreekt of er een beroep op doet. De wordingsgeschiedenis van de democratische rechtsstaat heeft als effect dat er vele elementen zijn (de 'kamers') waar men zich op kan richten. Die elementen kunnen ook zelfstandige betekenis aannemen; ze kunnen zich voordoen als datgene waar het eigenlijk om gaat, als de kern. De rechtsstaat is veelvormig. Nu eens staat de legaliteit van het bestuursoptreden op de voorgrond, dan de onafhankelijkheid van de rechtspraak, dan weer de procedurele zorgvuldigheid van de overheid of de vrijheid van minderheden om de dingen anders te doen dan de democratische meerderheid voorschrijft. Voor elk onderdeel van de omschrijving van Hirsch Ballin geldt dat dit onderdeel ook de plaats kan innemen van legaliteit als 'kern' van de rechtsstaatgedachte, in een andere interpretatie van het moeilijk grijpbare ideaal. In de praktijk zien we dan ook situaties waarin telkens een ander element op de voorgrond staat. Pas als daarover een debat of controverse ontstaat, blijkt dat er behalve dit element eigenlijk ook nog andere elementen van de rechtsstaat relevant zijn. Er ontstaat een interpretatiestrijd.

Het is mogelijk om telkens een ander element voorop te stellen als crux van de rechtsstaat-gedachte, maar deze zet roept meteen tegenkrachten op. Dat laat zich demonstreren aan de hand van drie omstreden wetten die iets met de democratische rechtsstaat te maken hadden: de Koppelingswet (die de strekking had het voor illegalen moeilijker te maken van door de overheid verstrekte voorzieningen gebruik te maken), de Varkenswet (die een ander stelsel van mestrechten invoerde zonder voor gedupeerde boeren financiële compensatie te bieden), de Euthanasiewet (die onder strikte voorwaarden euthanasie door medici legaliseerde). Dan zegt men dat de Koppelingswet in strijd is met de rechtsstaatgedachte omdat fundamentele rechten worden aangetast die aan iedereen toekomen (gelijkheidsbeginsel). Of dat in deze casus juist een heel ander rechtsstatelijk probleem speelt, te weten de plicht om als overheid die het algemeen belang behartigt, consequent op te treden als via het gewone democratische proces eenmaal regels gesteld zijn voor geldige verblijfstitels; wie illegalen toelaat, ondermijnt zijn eigen democratische gezag. Of men zegt dat de juridische strijd over de Varkenswet laat zien dat ook tegen de wil van de wetgever in, de rechter een aanspraak op een klassiek grondrecht dat in een internationaal verdrag is opgenomen, moet honoreren: een triomf voor de rechtsstaat. Dan wel dat een te vergaande interpretatie van de verdragsbepaling het voor de overheid

onmogelijk maakt een op een goede belangenafweging berustend democratisch besluit uit te voeren en dat dat dus een nederlaag is voor de rechtsstaat. De Euthanasiewet lost een rechtsstatelijk probleem op, zegt men bijvoorbeeld, het probleem namelijk dat de wetgever geen dekking gaf aan door de rechter ontwikkeld recht dat op ethische grondslagen berustte en maatschappelijk draagvlak had. Of, daar tegenin, dat het rechtsstatelijke probleem er in schuilt dat in dit geval de wetgever een wet maakt die het fundamentele recht op leven in gevaar brengt; legaliteit keert zich tegen de vrijheid in plaats van deze te beschermen.

In elk van de drie genoemde casus treedt de rechtsstaat in een iets andere gedaante naar voren en is die 'verschijning' bovendien kennelijk omstreden. Het gaat er niet om het gelijk van de ene of de andere positie aan te tonen, maar te zien dat de veelvormigheid van de rechtsstaat ertoe bijdraagt om controversen in rechtsstatelijke terminologie te bespreken. Er is in een controverse over fundamentele waarden vaak een snelle route naar een element van de rechtsstaatgedachte, vanuit welke optiek men ook naar de controverse kijkt. Wat de rechtsstaat betekent en wat de waarde ervan is, is mede inzet van het maatschappelijke debat en van politieke strijd; een gegeven dat de veelvormigheid van de rechtsstaat nog versterkt en soms het zicht dreigt weg te nemen op de samenhang van het hele complex van elementen. Het huis van de rechtsstaat heeft vele woningen.

2.6 DE DEMOCRATISCHE RECHTSSTAAT ALS DUBBELZINNIGE BELOFTE

De democratische rechtsstaat heeft als gevolg van zijn wordingsgeschiedenis geen eigenlijke 'kern' en neemt in actuele kwesties vele vormen aan die pas bij een grondig debat grotere delen van de constructie in beeld brengen. Het is dus een huis dat de bewoners onvolledig kennen en waarover zij met elkaar twisten. Toch is dat geen indicatie voor een crisis van de rechtsstaat, maar veeleer een teken van ordenend en normatief vermogen. Omdat iedereen wel aanvoelt dat er bij de democratische rechtsstaat meer is dan datgene wat in een actuele controverse op het spel staat, geven de deelnemers aan het actuele debat de democratische rechtsstaat niet op als zij de strijd verliezen. Er zullen snel weer nieuwe controversen zijn waarin standpunten met rechtsstatelijke argumenten zullen worden onderbouwd, nieuwe kansen om een bepaalde visie op de inrichting van de democratische rechtsstaat na te streven. Het idee van de rechtsstaat is vergelijkbaar met het idee van het algemeen belang: ook als een bepaalde invulling van het algemeen belang een bepaalde discussie domineert, blijft er het wenkende perspectief van het échte Algemene Belang, als een achter de horizon gelegen standpunt van waaruit de praktijk van het moment er heel anders zal uitzien. Zo houdt de democratische rechtsstaat altijd een belofte in voor een betere toekomst.[3]

Tegelijkertijd moet natuurlijk worden geconstateerd dat de democratische rechtsstaat zo, net als het algemeen belang, naar een moment in de toekomst opschuift. De ware democratische rechtsstaat wordt telkens even uitgesteld tot

betere tijden. Houdt dat niet het gevaar in van een voortdurende frustratie? En is die ongrijpbaarheid van de ideale rechtsstaat geen reden voor diepgaande twijfel over de waarde van het nagestreefde ideaal? Is de democratische rechtsstaat wel echt wat de burgers willen? Zouden ze niet liever willen dat de treinen op tijd rijden dan dat er openbare en effectieve democratische controle is op de afspraken tussen de minister van Verkeer en waterstaat en de NS-directie? Dat voor het verkrijgen van een vergunning geen bureaucratische rompslomp nodig is, ook als dat betekent dat de vergunningverlenende instantie precies volgens het boekje te werk gaat? Zouden veel burgers niet eigenlijk meer waardering hebben voor goede resultaten dan voor procedurele zorgvuldigheid?

Zulke twijfels worden nog versterkt door de dubbelzinnigheid van de resultaten die elk streven naar democratie en rechtsstatelijkheid opleveren.

- De sociale grondrechten geven de overheid niet alleen een taak en een verantwoordelijkheid, maar bedreigen de klassieke grondrechten als die taak en verantwoordelijkheid volgens de ambtelijke werkwijze ter hand worden genomen (denk als voorbeeld aan de vrijheid van onderwijs: er zijn zoveel centraal gestelde normen, regels en toezichtmechanismen dat er feitelijk maar weinig onderwijsvrijheid is voor ouders, schoolbesturen, leraren en leerlingen).
- Als wetgeving de beste manier is waarop een democratische samenleving haar leden haar wil oplegt, komen er gaandeweg steeds meer regels tot stand. Dat betekent een toename van legaliteit maar ook een toename van juridisering. De regels moeten allemaal worden uitgevoerd en gehandhaafd; er is in de rechtsstaat dan ook altijd wel een weg naar de rechter. Dat betekent juridisering in het kwadraat, tot de derde macht. Waar blijft bij deze 'kolonialisering van de leefwereld' (Habermas 1981) de door het vrijheidsideaal geëiste ruimte voor een leven volgens eigen sociale normen en in zelf aanvaarde verantwoordelijkheid?
- Een groot voordeel van legaliteit is dat daardoor rechtszekerheid ontstaat: men weet in principe waar men aan toe is. Maar is dat niet een rem op innovatie, op het verlaten van de gebaande paden, op het bewust nemen van risico in de hoop op een doorbraak naar betere handelingsmogelijkheden? Waar ligt de balans tussen consolidatie en vernieuwing?
- Een ander groot voordeel van legaliteit is dat het ideaal van de gelijkheid ermee gediend is. Voor iedereen gelden (in dezelfde situaties) dezelfde regels, niemand staat boven de wet. Maar gelijke behandeling door middel van regels leidt ook alweer tot juridisering. Als er onvoldoende oog is voor de relevante verschillen tussen mensen en situaties wordt gelijke behandeling gelijkschakeling, en dus onderdrukking van vrijheid. (En dat allemaal in naam van de sociale rechtsstaat.)
- Omgekeerd is het maximaliseren van de vrijheid ook geen onverdeeld positieve aangelegenheid. Een krachtig netwerk van vrijheidsrechten levert wellicht een sterke vrijheidssfeer op waarbinnen mensen en organisaties hun eigen keuzes kunnen maken. Het is een nuttig en noodzakelijk tegenwicht tegen de gevaren van juridisering en bureaucratisering. Maar grondrechten

maken hun 'dragers' soms te autonoom en dus te weinig verantwoordelijk en te weinig betrokken bij anderen tot wie zij in verhoudingen van wederzijdse afhankelijkheid staan. Er is geen met de grondrechtencatalogus corresponderende lijst van grondplichten. Juridisering van zulke grondplichten dreigt ook meteen een aanslag te zijn op moeizaam verworden vrijheden. Maar de 'verantwoordelijkheid volgens de wet' die als standaardvoorwaarde zit aangekleefd aan elk door onze Grondwet erkend grondrecht, krijgt daardoor slechts op twee manieren gestalte: door van overheidswege gestelde en gehandhaafde regels en door een vaag besef van morele verantwoordelijkheid waar mensen niet op worden aangesproken.

- De democratische rechtsstaat heeft een sterke en fatsoenlijke staat nodig, maar ook een sterke en vormende samenleving, een *civil society*. Daar doet zich een paradox voor: de sterke staat heeft een sterke samenleving nodig om te kunnen gedijen, maar bedreigt door zijn eigen succes diezelfde *civil society* (Van de Donk 2001).
- Het beschavingsoffensief van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, ingezet door rechters en bestuursrechtjuristen, heeft ervoor gezorgd dat de machtige overheid procedureel zorgvuldig moet opereren. Dat is grote winst uit een oogpunt van rechtsstatelijkheid, maar betekent meteen ook dat de overheid niet meer flexibel is, niet krachtig en snel kan optreden als dat democratisch wenselijk en maatschappelijk gezien noodzakelijk is. De overheid raakt verstrikt in een mede door haarzelf gesponnen web van juridisering en moet, uit vrees voor de bestuursrechter, voortdurend alle belangengroepen pacificeren, met soms averechtse gevolgen, vooral in de sfeer van grote infrastructurele beslissingen (Van Kemenade 1997).

2.7 DE DEMOCRATISCHE RECHTSSTAAT IS PRINCIPIEEL ONVOLTOOID

De democratische rechtsstaat is niet alleen een veelvormige en dubbelzinnige verworvenheid, maar is ook principieel onvoltooid. Het huis van de rechtsstaat staat niet alleen altijd in de steigers, de bewoners moeten inzien dat de verbouwing permanent zal zijn en dat er dus nooit een moment zal komen waarop het gebouw werkelijk 'af' is. Het is dan ook realistisch om de rechtsstaat niet te idealiseren. Er zullen zich telkens nieuwe uitdagingen voordoen die tot andere en omstreden interpretaties van het democratische en rechtsstatelijke gedachtegoed aanleiding geven en de daarmee ingezette interpretatiestrijd is het begin van een reconstructie.

Die onvoltooidheid van het gebouw is geen tekortkoming maar een deugd. Omdat er zoveel verschillende posities zijn van waaruit men betekenis kan toekennen aan democratie en rechtsstatelijkheid als waarden, omdat er zoveel verschillende legitieme belangen zijn die niet op een gezamenlijke noemer gebracht kunnen worden, omdat er zo'n overweldigende veelheid van situaties is waarin op een of andere manier aan het ideaal van democratische rechtsstatelijkheid recht gedaan moet worden, kan de rechtsstaat geen definitief karakter hebben.

Het getuigt van democratisch idealisme om de rechtsstaat niet op een verschijningsvorm, laat staan op een essentieel geacht kenmerk vast te pinnen. Het moet altijd nog beter kunnen (ook als het nooit meer zal worden zoals het was).

Een principiële reden voor de onvoltooidheid van de rechtsstaat is gelegen in wat Isaiah Berlin de conditie van *value pluralism* noemt. Wie voor vrijheid kiest, kan niet altijd tegelijkertijd gelijkheid of rechtvaardigheid of vrede of duurzaamheid waarborgen, ook als vrijheid zonder die andere waarden misschien minder waardevol is; in veel situaties moeten tragische keuzen gemaakt worden en zullen een of meer waarden het onderspit delven. Berlin (1990:13) verzet zich tegen het monistische streven om tussen alle waarden een vaste hiërarchie aan te brengen. "The notion of the perfect whole, the ultimate solution, in which all good things coexist, seems to me to be not merely unattainable – that is a truism – but conceptually incoherent." In de democratische rechtsstaat moeten uiteenlopende waarden en beginselen op een of andere manier met elkaar in verband worden gebracht – zoals blijkt uit het overzicht van elementen van de rechtsstaat – en de vraag is in hoeverre dit op harmonieuze wijze kan geschieden. Terwijl de legaliteit als juridische vertaling van de vrijheid tot geldend recht geoperationaliseerd kan worden, met een opvatting van de trias politica als vehikel, betekent dit nooit dat de verschillende waarden die allemaal iets met vrijheid te maken hebben tot een vaste rangorde kunnen worden herleid. De elementen van de democratische rechtsstaat staan voortdurend onder spanning; er bestaan antinomieën tussen (Radbruch 1973: hoofdstuk 9).

Niet alleen is het zo dat het scala van waarden dat verbonden is met democratie en rechtsstaat niet zonder keuzen en compromissen gerealiseerd zou kunnen worden, het is ook al, en even principieel, onmogelijk om één bepaald element uit het geheel voor eens en voor al te waarborgen. Aan idealen als vrijheid, gelijkheid, broederschap en gerechtigheid kan op verschillende niveaus en op verschillende manieren gestalte worden gegeven. Fuller onderscheidt allereerst een *morality of duty* die bestaat uit essentiële voorwaarden voor een zowel vrije als georganiseerde samenleving. Dan worden de waarden van de democratische rechtsstaat als kritische ondergrens gehanteerd: tot zover mag de vrijheid desnoods worden ingeperkt, tot op dit punt kan de gelijkheid worden opgeofferd aan een andere waarde, solidariteit vereist een minimale betrokkenheid, pertinent onrecht is onaanvaardbaar. Het minimumniveau van de waarden staat garant voor een enigermate fatsoenlijke samenleving (Margalit 1996). De pretentie van de democratische rechtsstaat is altijd om boven dit elementaire niveau uit te zijn gestegen. Dat brengt ons in het vlak van wat Fuller (1963) vervolgens de *morality of aspiration* noemt.[4] Dan gaat het om optimale voorwaarden en dus om ideaalbeelden die voortgaande inspanning vereisen, die per definitie niet geheel waargemaakt kunnen worden; het gaat om het altijd wenkende perspectief dat ergens voorbij de horizon moet liggen. Er wordt geen ondergrens getrokken maar een verreikend streven uitgedrukt: vrijheid als opdracht voor mondige en verantwoordelijke mensen, gelijkheid als ideaal, broederschap die ook zusterschap omvat en uitmondt in kosmopolitisme, een rechtvaardige samenleving.

Wie uitgaat van dit schema van twee typen moreel handelen – gebaseerd op plicht en op aspiratie – kan nooit zelfgenoegzaam zijn over het bereikte resultaat, omdat er altijd meer en betere verwerkelijking van de waarden van de democratische rechtsstaat in het verschiet ligt.

Deze conclusies brengen de republikeinse traditie in herinnering. Erkenning van het principieel onvoltooide karakter van de democratie en de rechtsstaat als waardennetwerken met ingebouwde spanningen en fricties, vereist een houding van burgerschap (Van Gunsteren 1998). Men moet zichzelf beschouwen als vrij, gelijk en volwaardig lid van de politieke gemeenschap en verantwoordelijkheid aanvaarden voor een eigen bijdrage aan de verbetering van de democratische en rechtsstatelijke kwaliteit van die gemeenschap. Een tamelijk idealistische inzet, die echter getemperd wordt door een realistische kijk op macht en machtsbeperking en geschraagd wordt door het besef dat het ideaal van het republikeinse burgerschap uitdrukking heeft gevonden in praktijken die in een democratische samenleving tot de gevestigde verwachtingspatronen behoren, zoals deelname aan de verkiezingen of participatie in het maatschappelijke debat. De burger staat er bovendien niet alleen voor; in de organisatorische infrastructuur van de 'civil society' zijn er tal van bemiddelende instanties en organisaties. Het realisme en het idealisme van de republikeinse burger staan tot elkaar in een spanningsverhouding die zich niet in een compromisformule laat oplossen. In de woorden van Van der Burg (2001b: 161): "Realistisch idealisme vereist een houding waarbij iemand voluit idealist en voluit realist is, en steeds weer wisselt tussen beide perspectieven (...) Alleen door de spanning te laten bestaan is een voortdurende wederzijdse correctie en inspiratie mogelijk." De democratische rechtsstaat is zo beschouwd behalve de juridische constructie voor een democratisch politiek systeem, ook de politieke cultuur die van dit systeem een politieke gemeenschap van vrije en gelijke burgers maakt. Het huis van de rechtsstaat is niet primair van betekenis als bouwwerk of als bouwval maar als woning.

NOTEN

1 Een opmerkelijk voorbeeld zijn de recente voorstellen in Nederland en het Verenigd Koninkrijk om het beginsel 'ne bis in idem' in strafzaken op te heffen.

2 Alle ordenende metaforen hebben altijd ook hun beperkingen. Vandaar dat het politieke discours moeiteloos switcht tussen een aantal basismetaforen van de staat. Zie Witteveen (2000: hoofdstuk 1). In dit geval zou een organische metafoor die de 'groei' van de democratische rechtsstaat naar voren haalt, het voordeel hebben dat de fundamenten van het huis (de oude bouwlagen, de tradities waarop is voortgebouwd) eruit komen te zien als de wortels en dat zo betoogd kan worden dat de juridische en de republikeinse tradities de rechtsstaat blijven 'voeden'.

3 Het algemeen belang kan worden opgevat als een democratische fictie, zie Witteveen (2000b: hoofdstuk 3).

4 Over de relatie tussen verplichtingen, aspiraties en idealen, zie W. van der Burg (1999).

3 DE WENDING NAAR RECHTSSTATELIJKHEID. HET VERANDERENDE LANDSCHAP

3.1 STELLINGNAME

De democratische rechtsstaat is een gevestigd verwachtingspatroon dat toch permanente vormgeving vereist. Aanpassingen in het bouwwerk zijn om te beginnen al nodig, omdat in de praktijk regelmatig blijkt dat de hooggespannen pretenties van democratie en rechtsstatelijkheid niet (volledig) worden waargemaakt. Twee voorbeelden. De Tweede Kamer wordt geacht de uitgaven door de regering te controleren, maar heeft vaak in het geheel geen zicht op die uitgaven – evenmin als de bewindslieden dat zelf altijd blijken te hebben – en geen grote ambities om de regering op dit punt ter verantwoording te roepen. De door de Algemene Rekenkamer sterk gestimuleerde verandering van het budgetteringsproces, waarin de derde woensdag in mei het equivalent moet worden van de derde dinsdag in september, maar dan niet wat betreft nieuwe plannen maar wel de controle op de bestedingen, is een voorbeeld van een in aanleg belangrijke aanpassing die alleen ten doel heeft een algemeen aanvaarde doelstelling van de democratische rechtsstaat beter waar te maken. Ook over de besteding van overheidsgeld dient verantwoording te worden afgelegd aan de volksvertegenwoordiging; daartoe wordt een nieuwe procedure geschapen. Een voorbeeld van een andere interne aanpassing is het (her)invoeren van het hoger beroep in vreemdelingenzaken om tegemoet te komen aan een rechtsstatelijk beginsel dat berechting in twee instanties vergt.

Dit soort interne aanpassingen kunnen in omvang variëren, maar behoren tot de normale dynamiek van de democratische rechtsstaat. Alleen al de antinomieën tussen democratische en rechtsstatelijke uitgangspunten leiden hiertoe, want de balans tussen verschillende beginselen kan met het verloop van de tijd anders uitvallen (zo maken we nu een periode mee waarin in de politieke discussie doelmatigheid voor de rechterlijke macht hoger wordt gewaardeerd in relatie tot onafhankelijkheid dan in de afgelopen decennia). Vaak is er echter meer aan de hand en weerspiegelen kleine en grote aanpassingen van het rechtsstatelijke en democratische bouwwerk grotere veranderingen of zelfs trendbreuken in de samenleving. De hernieuwde aandacht voor een meer doelmatig werkende rechterlijke macht zal bijvoorbeeld vermoedelijk wel verband houden met veranderingen in de maatschappij (individualisering, horizontalisering) die tot een toename van rechtszaken leiden. Het is daarbij echter vaak moeilijk na te gaan om welke ontwikkelingen het precies gaat en hoe zij de instellingen en procedures van de democratische rechtsstaat onder druk zetten. Niet alleen het huis van de rechtsstaat wordt verbouwd, maar het omliggende landschap verandert eveneens. De rechtsstaat zal aan nieuwe omgevingseisen moeten voldoen en komt zo voor een ander type uitdaging te staan dan die van de interne aanpassing: de rechtsstatelijke en democratische idealen ook zien te verwezenlijken in gewijzigde omstandigheden.

Dit hoofdstuk geeft een beknopte introductie tot de nieuwe uitdagingen aan de democratische rechtsstaat. De centrale stellingen luiden:

Afnemende staatsmacht is geen incidenteel maar een structureel verschijnsel dat in potentie een bedreiging inhoudt van democratische en rechtsstatelijke kwaliteit. Om die kwaliteit te waarborgen en zelfs te versterken is een wending nodig van rechtsstaat naar rechtsstatelijkheid. De veranderingen in de samenleving die de staatsmacht ondermijnen houden ook nieuwe kansen in voor democratisering en rechtsstatelijkheid. Rechtsstatelijkheid en democratisering betekenen een verandering van standpunt: van dat van de staatsorganen naar dat van de burgers.

3.2 WAT DE STAAT MINDER TOT STAAT MAAKT (EN DE REIKWIJDTE VAN RECHTSSTATELIJKHEID DREIGT TE BEPERKEN)

De belangrijkste uitdaging aan de democratische rechtsstaat betreft de macht van de staat zelf. De soevereine natiestaat is na twee eeuwen van hegemonie op het wereldtoneel op zijn retour. De staat moet zijn macht delen met andere actoren en organisaties, zoals de bureaucratie van Brussel en de multinationale onderneming. De staatsgrenzen die meteen de grenzen van de soevereiniteit en de macht van de staat zijn, vormen beperkingen voor het sturingsvermogen van de overheid. Dat was altijd al zo, maar het wordt een probleem naarmate meer belangrijke activiteiten die de belangen van veel mensen raken, grenzen overschrijden of zich aan fysieke regulering onttrekken, en meer organisaties in meer dan een territorium opereren. Machtsbeperking is, volgens sommige voorspellingen, het begin van het einde van de staat als dominante politieke orde in de wereld. De staat gaat op in de mondiale *network society* (Castells 1996).

Ook van binnenuit wordt de macht van de staat aangetast, getuige typeringen als 'de versplinterde staat', de 'virtuele staat' en de 'lege staat' (drie titels van chronologisch geordende teksten van de postmoderne bestuurskundige Frissen 1991; 1996; 1999). Door sterke autonome ontwikkelingen gedwongen, heeft de overheid volgens Frissen een transformatieproces doorgemaakt dat het beeld van de overheidsorganisatie sterk heeft veranderd: de overheidsorganisatie is steeds minder een Weberiaanse piramide van bestuursniveaus die hiërarchisch zijn georganiseerd, maar een 'archipel' van kleine, platte en autonome eenheden die horizontalere verbindingen aangaan en zich aan centrale coördinatie onttrekken. De overheidsbureaucratie wordt door eigen reorganisatiewoede van binnenuit ondermijnd.

De afnemende macht van de staat houdt in potentie een bedreiging in van rechtsstatelijke kwaliteit, als die namelijk exclusief aan staatsmacht verbonden blijft. Door enkele ontwikkelingen beknopt te bespreken, kunnen we dit gevaar beter in kaart brengen. Telkens wordt in de literatuur echter ook gesignaleerd dat de ontwikkelingen nieuwe mogelijkheden voor democratisering en rechtsstatelijkheid met zich meebrengen.

3.3 DE OPKOMST VAN DE INFORMATIEMAATSCHAPPIJ

De industriële samenleving verandert in een informatiemaatschappij (Castells). Bovens onderscheidt daarbij vier belangrijke kenmerken:

- deterritorialisering (informatie-uitwisseling is steeds minder aan een specifiek territoir gebonden en dus ook minder aan nationale rechtsmacht onderworpen);
- turbulentie (nieuwe kennis leidt tot snelle fluctuaties in gedrag en maakt de informatiemaatschappij, paradoxaal genoeg, lastig kenbaar en moeilijker te reguleren);
- horizontalisering: (de kracht van bevelen neemt af en de macht van onderhandelingen neemt toe; markten en netwerken nemen de plaats in van hiërarchische organisatievormen; de overheid wordt een actor naast anderen);
- dematerialisering (belangrijke economische en sociale goederen zijn niet meer tastbaar, maar immaterieel en daardoor ook moeilijker te reguleren en te controleren) (Bovens 1999: 1-16).

De liberale en de sociale rechtsstaat komen in deze analyse door de opkomst van de informatiemaatschappij op alle vier dimensies onder druk te staan. Kennis van de maatschappelijke ontwikkelingen wordt instabieler; op verouderde of inadequate kennis gebaseerde regulering schiet tekort en is moeilijker te handhaven in een virtuele omgeving; gezag moet voortdurend gelegitimeerd worden; grensoverschrijdende activiteiten en niet-fysieke grootheden zijn moeilijker te reguleren. De informatiemaatschappij biedt echter niet alleen bedreigingen maar ook kansen: nieuwe vormen van rechtszekerheid via ICT (een 'virtueel wetsbegrip'); het ontwikkelen van effectieve vormen van internationale samenwerking; digitaal burgerschap; nieuwe informatierechten (Bovens 1999: 16-25). De juridische uitwerking van deze wenselijkheden blijft overigens nog open.

3.4 HET OPENBAAR BESTUUR WORDT EEN DISCURSIEVE ORDE

Het openbaar bestuur verandert van een territoriale orde in een discursieve orde. Dat is de boodschap van de bestuurskundige Hajer (2000: 13). "Effectief en legitiem bestuur stuurde maatschappelijke processen aan of bij en zorgde steeds voor voldoende culturele verbondenheid." De centrale positie van de overheid is echter weggevallen, de sturingscapaciteit afgenomen en de institutionele verankering van culturele gebondenheid is in onze 'postmoderne conditie' niet meer verzekerd. Dat uit zich in vier kernpunten:

- de opkomst van ongestructureerde problemen, waarbij onenigheid blijft bestaan over de aard van het probleem en dus ook over de wenselijkheid van de oplossingen (het bestuur moet daardoor altijd onder condities van onzekerheid optreden);
- beleidsopgaven die zich onttrekken aan de gangbare territoriale schaal waarop bestuur is georganiseerd (geen enkele bestuurslaag heeft exclusief greep op een probleem);

- geen vaste hiërarchische verhoudingen maar wederzijdse afhankelijkheid als basis voor continue onderhandelingen over de relaties tussen de actoren (hetgeen de onzekerheid nog versterkt);
- culturele verbondenheid moet ontwikkeld worden nu de politieke ideologieën geen houvast meer bieden (ook de rechtsstaat is geen vanzelfsprekend interpretatiekader) (Hajer 2000: 14-15).

Doorgaans wordt netwerkmanagement als het bestuurskundig verantwoorde antwoord gezien op deze ontwikkelingen. Hajer gaat hierin echter slechts ten dele mee. Hij signaleert een gevaar dat in rechtsstatelijke termen begrepen kan worden: dat diffuse verantwoordelijkheden en verhoogde wederzijdse afhankelijkheid (zoals die in het steven naar horizontaal bestuur tot uitdrukking komen) weliswaar effectiever management van problemen mogelijk zouden kunnen maken, maar ten koste van “de centrale en autonome rol van de formele politiek die vraagt om duidelijke verantwoordingsstructuren en politieke beslissingsautonomie.” Om dit rechtsstatelijke gevaar het hoofd te bieden en van nieuwe mogelijkheden die in een discursieve orde besloten liggen optimaal te profiteren, bepleit Hajer verdergaande democratisering. Zijns inziens zou het openbaar bestuur er bewust naar moeten streven zich te ontwikkelen tot een discursieve orde. De contouren daarvan zijn nog betrekkelijk vaag, maar Hajer ruimt in elk geval een centrale plaats in voor het streven om in politiek en bestuur publieke argumentatie (deliberatie) vorm te geven (over dit idee van deliberatieve democratie, zie deel I, hoofdstuk 6).

3.5 NAAR NETWERKEN VAN RECHTSONTWIKKELING

Het wereldomspannende systeem van soevereine nationale staten evolueert geleidelijk in de richting van multipolaire netwerken van rechtsontwikkeling. Voor de jurist Hirsch Ballin is dit de dominante tendens. Dat het openbaar bestuur geen exclusieve territoriale orde meer is, blijkt nog duidelijker wanneer internationale en grensoverschrijdende verhoudingen in het beeld worden betrokken. Hirsch Ballin (1999: 22) concludeert dat “de groeiende vervlechting van het economische leven over de grenzen van staten heen, en als begeleidend verschijnsel evenzeer van de criminaliteit, de traditionele afbakening van territoir en soevereiniteit van staten ondermijnt. Bovendien groeit het inzicht dat – bijvoorbeeld in de strijd tegen aantasting van het leefmilieu en tegen genocide, foltering en oorlogsmisdrijven – staten alleen met gezamenlijk optreden resultaten kunnen bereiken.” Als we deze tendens (te) abstract als deterritorialisering samenvatten, wordt bij Hirsch Ballin in elk geval duidelijk dat er meer op het spel staat dan de economische en technologische ontwikkelingen van de informatiemaatschappij; het gaat om grote en kwetsbare belangen die met fundamentele mensenrechten verband houden. Het gevaar van het machtsverlies van de soevereine staten als wereldomspannend systeem is dat deze fundamentele mensenrechten – de raison d’être van de democratische rechtsstaat – onvoldoende beschermd kunnen worden door de in hun macht beperkte nationale staten. De waarden van rechtsstatelijkheid moeten daarom, in de optiek van Hirsch Bal-

lin (1999: 28), niet beperkt blijven tot de soevereiniteitsdragende instellingen. Er moeten nieuwe grensoverschrijdende instituties komen die de taken van de soevereine staten aanvullen of overnemen. Idealen van rechtvaardigheid, gevoed door de oude traditie van het natuurrecht, laten zich niet opsluiten in nationale systemen. "Wat zich hiermee aftekent is een ander paradigma van recht, waarbij niet het systeem maar de door het recht genormeerde relatie (de rechtsbetrekking) centraal staat, en de normering daarvan wordt begrepen als de resultante van netwerken van verschillende rechtsvormende en recht tot gelding brengende instituties." De bedreiging wordt tot uitdaging gemaakt; de ontwikkelingsrichting is evenzeer open als bij Hajers discursieve orde.

3.6 VOORTGAANDE VERRECHTELIJKING EN BUREAUCRATISERING

Het machtsverlies van de staat leidt niet tot minder recht maar tot meer wetten, meer beleid en meer conflictbeslechting; juridisering en bureaucratisering zijn verweven met processen van horizontalisering, internationalisering en informatisering. Afnemende staatsmacht – of men die nu definieert als een gevolg van de netwerksamenleving, van de informatiemaatschappij, van de postmoderne conditie of van mondiale vervlechtingen – schept geen machts- en rechtsvrije ruimten. Geconfronteerd met de 'nieuwe onoverzichtelijkheid' van het moment kunnen rechtsinstellingen geen volledige greep op de ontwikkelingen hebben, maar zij kunnen zich ook geen volledig vrijlaten daarvan permitteren. Hoewel de causale relaties kunnen verschillen, is het opmerkelijk dat bij alle nieuwe ontwikkelingen ook altijd sprake is van rechtsschepping en van bureaucratie. Juridisering en bureaucratisering komen naar voren op verschillende fronten: in de steeds toenemende wet- en regelgeving; in de tendens om voor materiële problemen procedurele oplossingen te zoeken; in het toegenomen beroep op rechters en andere conflictoplossers; en in de grotere geneigdheid om problemen van sociale aard in juridische termen te vertalen. "Juridisering, denken in begrippen en maatstaven ontleend aan de wereld van het recht, is een voor de hand liggend gevolg van individualisering en horizontalisering en zelfs van het wegvallen van vaste grenzen: waar grenzen verdwijnen, ontstaat immers onzekerheid en is er de neiging aan het recht nieuwe oriëntatiepunten te vragen" (Witteveen 1998: 22). Juridisering en bureaucratisering zijn bedreigingen van rechtsstatelijke kwaliteit: de hoeveelheid, complexiteit en instabiliteit van de regelgeving ondermijnt de rechtszekerheid en de rechtsgelijkheid en maakt handhaving problematisch. Bureaucratie ontneemt burgers het zicht op de zin van de regelingen en procedures (wat is hier nu eigenlijk het algemeen belang?) en kan tot willekeur leiden; de institutionele *checks and balances* schieten vaak tekort. Toch liggen ook hier kansen voor nieuwe vormen van rechtsstatelijkheid: de toenemende juridisering maakt het noodzakelijk de communicatieve kwaliteit van wet- en regelgeving te verbeteren; bureaucratie kan worden ondervangen door meer responsief overheidsoptreden (Selznick). Wie erin slaagt de rechtsstatelijkheid van wetten, bestuurlijk optreden en conflictbeslechting te verbeteren, kan indirect ook invloed uitoefenen op de eerdergenoemde trends die de macht van de staat ondermijnen en de rechtsstatelijkheid bedreigen.

3.7 DE WENDING NAAR RECHTSSTATELIJKHEID

Dit overzicht van elkaar aanvullende analyses maakt duidelijk dat de idealen van de democratische rechtsstaat door het machtsverlies van de staat onder druk komen te staan. Daar staat tegenover dat de situatie van 'nieuwe onoverzichtelijkheid' ook kansen schept om tot nieuwe vormen van democratisering en rechtsstatelijkheid te komen. Hoe kunnen die kansen optimaal benut worden? Er zijn vele concrete voorstellen gedaan die een bredere discussie verdienen. Maar daarmee zijn we er nog niet. Aan een gedetailleerd onderzoek van mogelijkheden om de democratische en rechtsstatelijke idealen, waarden en beginselen te versterken, dient een conceptuele switch vooraf te gaan. Die bestaat eruit dat we ons minder exclusief richten op de staat als drager van democratie en rechtstaat en in plaats daarvan de idealen van democratie en rechtsstatelijkheid bekijken *vanuit het standpunt van de burgers.*

Doen we dat, dan verschijnen de democratische en rechtsstatelijke vereisten als kwaliteitsmaatstaven waaraan het handelen kan worden getoetst. Soms betekent dit een simpele vertaling van een bekend element van de rechtsstaat tot een kwaliteitsmaatstaf. Hetzelfde idee wordt alleen anders verwoord. Het beginsel van gelijkheid voor de wet is als opdracht aan de overheid geformuleerd; het houdt richtlijnen in voor wetgever, bestuur en rechter. Ditzelfde beginsel luidt, vertaald als kwaliteitsmaatstaf, dat burgers in gelijke gevallen gelijk moeten worden behandeld. De reikwijdte wordt zelfs bij deze eenvoudige herformulering al anders: het recht op gelijke behandeling strekt zich als rechtsstatelijke kwaliteitsmaatstaf niet alleen uit tot de wet, zelfs niet alleen tot het optreden van de overheid, maar heeft ook betrekking op andere machtige organisaties waarvan de burger op een of andere manier afhankelijk is, ongeacht bovendien hun territoriale basis.

Niet alle elementen van de rechtsstaat laten zich zo eenvoudig tot kwaliteitsmaatstaven vertalen. Het formele legaliteitsbeginsel dat een wettelijke grondslag vereist voor overheidsoptreden, biedt op zich voor de burgers weinig waarborgen dat die wettelijke bevoegdheidsverlening gepaard is gegaan met een evenwichtige afweging van alle betrokken belangen; dat tweede beginsel is dan ook vanuit de burgers geredeneerd veel belangrijker. De grondwet kent bij alle grondrechten de formule "behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet", maar biedt niet de garantie dat de bevoegdheid tot het maken van grondrechten beperkende wetgeving op een de vrijheid dienende manier, dus met een evenwichtige belangenafweging, wordt gebruikt. Zo staan de vrijheden vaak in dienst van het legaliteitsbeginsel in plaats van andersom. Het legaliteitsbeginsel is wellicht zelfs helemaal geen zelfstandige rechtsstatelijke kwaliteitsmaatstaf, maar alleen een zeer belangrijke ondersteuning daarvan. Indirect, op het institutionele vlak, is het legaliteitsbeginsel dan nog steeds van grote betekenis voor de rechtsstaat, omdat het de grondslag is van de trias politica en dus ook van de daarmee nagestreefde machtsbeperking (en die dient dan weer de burgerlijke vrijheden). Het legaliteitsbeginsel zou sterk aan betekenis kunnen winnen als serieus zou

worden geprobeerd het niet alleen als een formeel criterium op te vatten (is er een bevoegdheidsbepaling te vinden?) maar ook als een materieel vereiste van rechtsstatelijkheid. Voor dat laatste is vertaling nodig in rechtsstatelijke kwaliteitsmaatstaven, zoals eisen omtrent openbaarheid, transparantie, zorgvuldige voorbereiding, een juiste empirische grondslag, evenwichtige belangenafweging, proportionaliteit, rechtsgelijkheid en rechtszekerheid.

Het bestuursrechtelijke specialiteitsbeginsel – dat bepaalt dat een bestuur zijn wettelijke bevoegdheid slechts mag inzetten voor het specifieke doel waarvoor die bevoegdheid is verleend – is al helemaal geen rechtsstatelijke kwaliteitsmaatstaf. Vanuit het standpunt van de burgers is er doorgaans niets op tegen en veel voor, om de overheid te verplichten ook met alle andere wetten en de daarmee te dienen doelstellingen in zijn beleid rekening te houden.

De wending naar rechtsstatelijkheid, het innemen van het standpunt van de burger, brengt ook een conceptuele bevrijding uit een ideologische impasse: de theorie van de klassieke versus de sociale rechtsstaat. De gangbare visies hierop geven karikaturale vertekeningen te zien van de idealen van de democratische rechtsstaat en van de relatie tussen recht, macht en sturing. (Voor een uitgebreide kritiek op deze visies, zie deel II van dit boek.) De klassieke rechtsstaatgedachte die de kern van de rechtsstaat zoekt in het streven naar overheidsonthouding en machtsbeperking, is een vertekening van de denkbeelden van de politieke denkers die in de liberale periode voor de rechtsstaat opkwamen; alle denkbeelden over solidariteit en sociale rechtvaardigheid werden daaruit weggefilterd. Omgekeerd is de sociale rechtsstaatgedachte die zowel overheidsonthouding ten behoeve van de vrijheid als overheidsbemoeienis ten behoeve van de ontplooiing eist en zowel machtsbeperking als bureaucratie verdedigt, innerlijk inconsistent. Een inconsistentie die vaak wordt weggenomen door de aanname van een sociaal harmoniemodel waarin voor de politieke organen van de democratie de taak is weggelegd om de maatschappelijke 'consensus' te arciculeren en in beleid om te zetten. De tegenstrijdigheden tussen de doelstellingen van de sociale rechtsstaat worden zo weggeretoucheerd, maar ook wordt het beeld van de samenleving ontdaan van het conflict in al zijn scherpere vormen en wordt verhuld dat een vrije samenleving altijd in een conditie van waardenpluralisme verkeert (Berlin).[1] (Voor uitvoeriger analyses, zie deel II.)

De tegenstelling tussen de klassieke en de sociale rechtsstaatgedachte is bovendien te absoluut; de praktijk leeft met mengvormen waarover moeizame onderhandelingen plaatsvinden. Door de aandacht te richten op de burgers maakt het idee van rechtsstatelijkheid zich los van dit vruchteloze debat. De winst schuilt niet alleen in de perspectiefwisseling, maar ook in de erkenning dat de idealen, waarden en beginselen van democratie en rechtsstatelijkheid in variërende mate gerealiseerd kunnen worden, in plaats van wel of niet.

3.8 DE STAATSMACHTEN ALS AANGRIJPINGSPUNT VOOR RECHTSSTATELIJKHEID

De wending van rechtsstaat naar rechtsstatelijkheid betekent geen definitief of zelfs maar voorlopig afscheid van de staat (we raken, anders dan Frissen suggereert, ook niet 'voorbij' de politiek). Het is methodologisch nog steeds het best om het onderzoek van rechtsstatelijke kwaliteitsmaatstaven te beginnen bij de drie 'machten' van de trias politica: wat is rechtsstatelijke wetgeving, bestuur en rechtspraak? Rond deze drie instituties zijn in de loop van eeuwen vele noties ontwikkeld over een 'goede' taakvervulling en deze zijn veelal aan de test van praktische toepassing onderworpen. De maatstaven zelf zijn afkomstig uit de juridische en de republikeinse traditie, ook al zijn ze later zijn vaak overgenomen ten behoeve van de staat en aan het functioneren daarvan aangepast. Daarna zal gekeken worden of en in hoeverre de rechtsstatelijke kwaliteitsmaatstaven die uit dit overzicht naar voren komen wellicht een bredere toepasbaarheid hebben en kunnen worden 'losgemaakt' van de overheid.

Is het dan niet vreemd om in een situatie van machtsverlies voor de staat toch weer te gaan kijken naar normen voor staatsfuncties? Dat is niet het geval als we bedenken dat de staat niet geheel van het toneel verdwenen is of aan barrels is geslagen (in weerwil van het spreken over een versplinterde, virtuele of lege staat). In de informatiemaatschappij, de netwerksamenleving, de postmoderne conditie of de mondiale economie blijven overheden op tal van manieren machtige actoren en is er op veel fronten behoefte aan wetgevende, bestuurlijke en rechtsprekende activiteiten, ook als die niet altijd door staatsorganen worden uitgeoefend. Ook in een discursieve orde is het van belang te weten wat de voorwaarden zijn waaronder algemene normen, bestuurlijk optreden en conflictbeslechting op een rechtsstatelijke manier functioneren. En dat geldt nog sterker naarmate de samenleving in juridische categorieën denkt en handelt en bureaucratie een fact of life is.

NOTEN

1 Voor een uitvoerige verdediging van die stelling, zie ook Gray (2000).

4 DE WENDING NAAR RECHTSSTATELIJKHEID. KWALITEITSMAATSTAVEN

4.1 STELLINGNAME

Hirsch Ballin leidt in zijn in hoofdstuk 2 besproken omschrijving van de rechtsstaatgedachte alle criteria voor een democratische rechtsstaat af uit het legaliteitsbeginsel dat de wetgevende functie van de overheid centraal stelt. De vraag is al opgeworpen of formeel opgevatte legaliteit per se een kwaliteitsmaatstaf is waar de burgers veel aan hebben. Wat zou er eigenlijk gebeuren als we alle gangbare elementen van de rechtsstaatgedachte herformuleren tot een netwerk van kwaliteitsmaatstaven? Biedt dit meer en andere ingangen tot de democratische rechtsstaat? Kunnen bestuur en rechtspraak bijvoorbeeld ook los van hun onmiskenbaar belangrijke verhouding tot de wetgever op hun rechtsstatelijke kwaliteiten, of op hun gebrek daaraan, worden beoordeeld? Vanuit het perspectief van de burgers krijgen deze kwaliteitsmaatstaven, als zij van de overheid zijn losgezongen, nog een wijdere betekenis: zij kunnen ook van belang zijn in relaties tussen de burgers en andere machtige organisaties of instellingen die beslissingen nemen die de belangen van de burgers raken. Als de rechtsstatelijk opererende overheid de vrijheid van de burgers zoveel mogelijk moet respecteren, waarom zou dat dan niet moeten gelden voor een onderneming, een onderwijsorganisatie of een zorginstelling? En als de overheid die rechtsstatelijkheid honoreert zich in het openbaar over haar beleidskeuzes en afwegingen moet verantwoorden, waarom zou dat dan niet gelden voor andere met macht beklede organisaties zoals grote bedrijven of de vakbeweging? Rechtsstatelijke kwaliteitsmaatstaven voeden een discussie over verdergaande democratisering van de samenleving; over de waarde van openbaarheid, transparantie, vrijheid, verantwoordelijkheid en tegenmacht in relaties, verbanden en instituties die de kwaliteit van het sociale leven beïnvloeden.

In dit hoofdstuk komen de volgende stellingen aan de orde:

Vanuit het standpunt van de burger kunnen aan de juridische en republikeinse traditie lijsten van kwaliteitsmaatstaven worden afgeleid voor een rechtsstatelijke en democratische vervulling van de drie functies van de trias politica: wetgeving, bestuur en rechtspraak. Zo ontstaat er een omvangrijk netwerk van kwaliteitsmaatstaven. Deze kunnen tot op zekere hoogte ook toegepast worden in de interacties tussen burgers en andere machtige organisaties en actoren dan de overheid: rechtsstatelijkheid als kwaliteitsdimensie van een democratische maatschappij.

4.2 RECHTSSTATELIJKHEIDSEISEN VOOR WETGEVING. UITGANGSPUNT

Onder een regime dat zich kenmerkt door 'rechtsstatelijkheid' hebben burgers en organisaties op vele momenten en op uiteenlopende manieren te maken met door overheden (en andere machtige instellingen) gestelde regels. Die regels vol-

doen echter aan drie soorten kwaliteitsmaatstaven:
- maatstaven voor het proces van totstandkoming;
- maatstaven voor de kwaliteit van de wetstekst;
- maatstaven voor de relatie tot andere 'machten' (bestuur en rechtspraak).

4.3 WETGEVING

4.3.1 MAATSTAVEN VOOR HET PROCES VAN TOTSTANDKOMING

De rechtsstatelijke kwaliteit van wetten en andere regels is voor een deel afhankelijk van de wijze waarop de regels zijn totstandgekomen. In de democratische rechtsstaat is wetgeving geen eenzijdige wilsuiting van een persoon (de 'wetgever') maar de zelf door regels beheerste uitkomst van een proces van meningsvorming waaraan vele personen en instanties een bijdrage hebben geleverd. (De wetgever is geen persoon maar een procedure, vgl. Van der Hoeven.) Er moet sprake zijn van *publieke deliberatie*, van een georganiseerde uitwisseling van argumenten die de pretentie heeft dat alle denkbare belangen die met de regel verband houden aan de orde zijn geweest en tegen elkaar afgewogen; wetgeving is gericht op de fictie van het algemeen belang. De kwaliteiten van het proces van totstandkoming die aan rechtsstatelijkheid bijdragen zijn dan de volgende:

- openbaarheid van het proces;
- transparantie (in de zin van duidelijkheid omtrent de te volgen regels voor de procesgang);
- vrije meningsuiting door betrokkenen (inclusief recht van petitie en demonstratie);
- vrije nieuwsgaring door de media;
- publieksvoorlichting tijdens het proces van wetgeving, gericht op uitlokken commentaar;
- ruimte voor ter zake deskundig advies;
- een afgebakende rol voor volksvertegenwoordigers;
- publieke verantwoordingsplicht voor de bestuurlijke bijdrage aan de totstandkoming van regelgeving;
- alle belangrijke kwesties staan ter beoordeling aan het parlement (geen delegatie van hoofdzaken).

4.3.2 MAATSTAVEN VOOR DE KWALITEIT VAN DE WETSTEKST

De rechtsstatelijke kwaliteit van wetten en andere regels moet echter ook los van het proces van totstandkoming kunnen worden vastgesteld, omdat wetten zich richten tot 'normadressaten' (de burgers, maar ook organisaties en overheden) en deze normadressaten er recht op hebben precies te weten waar zij aan toe zijn (legaliteit en rechtszekerheid). Lon Fuller stelde acht kwaliteitsmaatstaven op die als constructieve minimumvereisten voor wetgeving kunnen worden opgevat. Als een wet op een of meer van de kwaliteitsmaatstaven ernstig tekortschiet, rijst er zelfs twijfel of het wel om een echte wet gaat. Dat wil zeggen: een tekst die het gezag van de wet claimt, moet op een minimaal aspiratieniveau aan alle

maatstaven voldoen om serieus genomen te kunnen worden als voorschrift dat geordend samenleven mogelijk maakt in een gemeenschap van vrije en autonome burgers. Het gaat om de volgende kwaliteitsmaatstaven:

- algemeenheid (gelijkheid voor de wet, geen wetten die een particulier belang betreffen);
- openbaarheid (toegankelijkheid, rechtsbijstand, voorlichting);
- verbod van terugwerkende kracht (van belastende regels);
- begrijpelijkheid (voor de burger die door de wet in zijn belangen wordt geraakt);
- consistentie (geen tegenstrijdigheden in de toepasselijke wetgeving, ook over sectoren heen);
- hanteerbaarheid (het moet redelijkerwijs mogelijk zijn het voorschrift te goeder trouw na te leven);
- stabiliteit (geen al te frequente veranderingen);
- consequente toepassing (geen grote kloof tussen de wet op papier en de uitvoeringspraktijk).[1]

De formulering van de criteria maakt al duidelijk dat ze op verschillende niveaus kunnen worden gehanteerd; ze drukken een *morality of duty* uit maar daarenboven ook een *morality of aspiration*. Boven het minimale aspiratieniveau komen aanvullende kwaliteitsmaatstaven in beeld die uitdrukking geven aan het republikeinse ideaal van de vrije samenleving van autonome burgers:

- het waar mogelijk benutten van zelforganiserend en probleemoplossend vermogen in de maatschappij;
- eis van zorgvuldige afweging van de bijdrage van de wet aan het beschermen of vergroten van de vrijheid (het achterliggende ideaal van rechtsstatelijkheid).

Deze kwaliteitsmaatstaven zijn politiek meer omstreden dan de eerdergenoemde kwaliteitsmaatstaven. Politieke bewegingen hebben doorgaans andere visies over wenselijk geachte zelforganisatie en probleemoplossend vermogen (marktwerking, maatschappelijk middenveld, bedrijfsdemocratie) en over de invulling van het vrijheidsideaal (en de relatie tot andere idealen zoals gelijkheid en broederschap). Het feit dat sommige kwaliteitsmaatstaven voor rechtsstatelijkheid politiek controversieel zijn, maakt ze daarmee echter nog niet tot minder relevante criteria voor rechtsstatelijkheid; een nette scheiding tussen recht en politiek blijkt niet mogelijk te zijn. Het uitgebreide netwerk van grondrechten verschaft vele mogelijkheden om over politieke afwegingen in juridische terminologie te praten, maar levert juist daardoor geen scheiding van domeinen op.

4.3.3 MAATSTAVEN VOOR DE RELATIE TOT ANDERE ‘MACHTEN’

De rechtsstatelijke kwaliteit van wetten en andere regels kan niet in een bestuurlijk en maatschappelijk vacuüm beoordeeld worden. ‘Goede’ wetgeving vereist een kader van constitutioneel geregelde machtsverdeling, de *trias politica*. Onder de noemer van de trias politica kunnen twee modellen worden onderscheiden:

machtenscheiding en machtsevenwicht. Deze vullen elkaar soms aan, maar staan soms ook lijnrecht tegenover elkaar; het is misschien niet verwonderlijk dat rond kwesties die met macht en grenzen aan macht te maken hebben, er spanningen en ambiguïteiten optreden in de staatsrechtelijke dogmatiek. Van beide modellen zijn echter enkele kwaliteitsmaatstaven voor een verantwoorde omgang met de andere machten in de staat af te leiden.

Het model van de scheiding van machten legt de wetgevende macht enkele verboden op (de wetgever mag, evenmin als de andere staatsmachten, zijn werkterrein immers niet te buiten gaan):
- de wetgever mag geen concrete bestuursbeslissingen nemen (dit vereiste complementeert de algemeenheidseis van Fuller);
- de wetgever moet de beleidsruimte voor het bestuur respecteren (een verantwoord bestuurlijk optreden vereist een zekere autonomie bij het beoordelen van de maatschappelijke opdracht aan het bestuur en de daaruit voortvloeiende beleidstaken, en een zekere vrijheid bij het kiezen van een bestuurlijke strategie).

Het model van evenwicht van machten is niet prohibitief maar verwoordt voor de wetgever slechts een bepaalde instelling en stelt, dienstbaar daaraan, enkele geboden op (want evenwicht is een ideaalbeeld voor de verhoudingen tussen wetgever, bestuur, rechter en burgers):
- de wetgever is verantwoordelijk voor een periodieke herijking van de machtsbalans (de wetgever moet er op toezien dat het institutionele bestel geworteld is in het maatschappelijke en politieke krachtenveld. Deze kwestie doet zich voor bij het nagaan of de bestaande instellingen over de juiste taakopdrachten, organisatievormen en bevoegdheden beschikken en ook bij het scheppen van nieuwe instellingen, zoals toezichthouders);
- de wetgever is verantwoordelijk voor de juiste inrichting van het wetgevingsproces zelf (zie boven; maar bovendien: de wetgever moet het wetgevingsproces zo inrichten dat alle maatschappelijke groeperingen hun visie op het algemeen belang naar voren kunnen brengen, maar geen van hen het proces kan domineren).[2]

4.4 HET TOEPASSINGSBEREIK VAN DE RECHTSSTATELIJKHEIDSMAATSTAVEN VOOR WETGEVERS

Rechtsstatelijke kwaliteitsmaatstaven voor wetgeving zijn, als gevolg van de geschiedenis van de democratische rechtstaat, in het verleden vooral gericht geweest op door de overheid afgekondigde regels en binnen die categorie vooral op de wet in formele zin (al is er ook aandacht geweest voor de kwaliteit van gemeentelijke verordeningen). De wending naar rechtsstatelijkheid maakt het mogelijk het toepassingsbereik in twee richtingen te verruimen: rechtsstatelijke kwaliteit van regels is ook aan de orde bij alle lagere en uitvoerende regelgeving (wetten in materiële zin) en kan in veel gevallen ook relevant zijn bij de kritische beoordeling van regels die worden uitgevaardigd door instellingen en organisa-

ties die niet tot de overheid behoren (quasi-wetgeving). Bij deze twee verruimingen van het bereik zullen de maatstaven niet allemaal tegelijk van kracht zijn en zijn soms aanpassingen nodig als de omstandigheden van de casus die vereisen; waar het om gaat is dat ze als kwaliteitsmaatstaven kritisch potentieel hebben en gebruikt kunnen worden om de discussie over kwaliteit te openen. In beide situaties betekent verruiming van het bereik van rechtsstatelijkheid, waar het regels betreft, echter de keuze voor hetzelfde standpunt: dat van de *burger* die geacht wordt zich aan de gestelde regels te onderwerpen of zijn gedrag daarnaar te richten.

Wetgeving in materiële zin

Bezien vanuit de optiek van de burger is alle wet- en regelgeving die op een of andere manier door, vanwege of met medewerking van de overheid in zijn richting komt, een wet in materiële zin die aan de kwaliteitsmaatstaven moet voldoen. (Dat betekent dat bijvoorbeeld ook de beleidsregels die in circulaires staan, hiertoe moeten worden gerekend, net als regels die de uitkomst zijn van wettelijk gecoördineerde zelfregulering.) Door de criteria los te zien van formele wetgeving, kan de discussie over de kwaliteit van wetgeving veel scherper gevoerd worden. Het is immers zo dat, als gevolg van de 'terugtred van de wetgever' (Van Wijk, Konijnenbelt en Van Male 1996; Koopmans 1970) de materiële normen waar de burger direct mee te maken heeft, vaak niet meer in de wet zelf staan maar in gedelegeerde regelgeving die aan de wetgevingstoets ontsnapt van deelnemers aan het proces van formele wetgeving (Raad van State). Het onderwijsrecht waar scholen daadwerkelijk mee te maken hebben, staat niet primair in de wet in formele zin maar in de vele circulaires die de wetgeving tot beleid (en financiering) vertalen. Voor de burgers komt de kwaliteit van veel uitvoeringsregels er vaak meer op aan dan de kwaliteit van de bevoegdheidsbepalingen in wetten in formele zin. Vanuit het standpunt van de burger heeft de sociale rechtsstaat zich vooral geconcretiseerd in het verschijnsel van de gelede normstelling in aan elkaar gekoppelde complexen van wet- en regelgeving op uiteenlopende niveaus (van Europa tot de gemeente) (Hirsch Ballin 1991a: 61-74). Burgers moeten nu vaak hun recht bijeen sprokkelen in de jungle van de gejuridiseerde samenleving. Voor hen is het zinvol de kwaliteitsmaatstaven van Fuller in te kunnen zetten, met name die over begrijpelijkheid, consistentie, hanteerbaarheid, consequente toepassing en stabiliteit.

Quasi-wetgeving

Voor de burger maakt het vaak niet veel uit of de overheid, dan wel een andere machtige organisatie die hem in zijn belangen raakt, de instantie is die hem de 'wet' stelt. De standaardvoorwaarden van een contract met een groot bedrijf zijn bijvoorbeeld juridisch gesproken geen wetgeving, maar in hun effect op de burgers kunnen zij dat wel zijn; het is dan redelijk te eisen dat deze als regels functionerende voorwaarden ook aan de kwaliteitsmaatstaven voor rechtsstatelijke wetgeving voldoen. Het gaat dan wel hoofdzakelijk om de kwaliteitsmaatstaven voor de kwaliteit van de wet als tekst. De kwaliteitsmaatstaven die betrekking hebben op de totstandkoming van de regels zijn bij niet-democratische actoren

als ondernemingen in mindere mate van toepassing, hoewel het interessant is ook dan de vraag te stellen of alle betrokken belangen wel in de bedrijfsafweging zijn gehoord en verdisconteerd. Een meer communicatieve bedrijfsstrategie, zoals Shell na de affaire Brent Spar introduceerde, kan heel goed van deze kwaliteitsmaatstaven een (aangepast) gebruik maken. De maatstaven voor de relatie tot andere 'machten' zijn bij quasi-wetgeving doorgaans niet relevant.

4.5 RECHTSSTATELIJKHEIDSEISEN VOOR BESTUUR. UITGANGSPUNT

Onder een regime dat zich kenmerkt door 'rechtsstatelijkheid' hebben burgers en organisaties op vele momenten en uiteenlopende manieren te maken met bestuurlijk handelen dat op een of andere manier hun belangen raakt. Dat bestuurlijk handelen – voorzover het niet bestaat uit het maken van regels – voldoet echter aan dezelfde soorten kwaliteitsmaatstaven als die welke voor de wetgeving gelden:

- maatstaven voor het proces van beleidsvoorbereiding en beleidsvorming;
- maatstaven voor de kwaliteit van het bestuurlijk handelen;
- maatstaven voor de relatie tot andere 'machten' (wetgeving en rechtspraak).

4.6 BESTUUR

4.6.1 MAATSTAVEN VOOR HET PROCES VAN BELEIDSVOORBEREIDING EN BELEIDSVORMING

De rechtsstatelijke kwaliteit van bestuurlijk optreden is voor een belangrijk deel een kwestie van procedurele zorgvuldigheid. Nog minder dan wetgeving kan bestuur in een democratische rechtsstaat opgevat worden als een eenzijdige wilsuiting. Rechtsstatelijk openbaar bestuur wordt gekenmerkt door een gerichtheid op het algemeen belang en dat betekent dat er goed moet worden gecommuniceerd met vele betrokkenen die hun eigen visie hebben op wat dat met zich meebrengt. Rechtsstatelijk openbaar bestuur werkt op basis van wettelijke instructies en bevoegdheden in een constitutioneel kader; er moet de bereidheid zijn om binnen dit kader tot een volledige belangenafweging te komen. Om dat te kunnen doen moet het bestuur beschikken over goede informatie en deskundig advies. De eis van publieke deliberatie richt zich niet alleen tot wetgevende, maar ook tot bestuurlijke instanties. Een aantal van de bij het proces van wetgeving genoemde criteria is dan ook even relevant (openbaarheid, transparantie, publieksvoorlichting, vrije meningsvorming, publieke verantwoording aan volksvertegenwoordigers en controlerende instanties).

De discussie over wetgevingskwaliteit lijkt op een hardloopwedstrijd waarbij de deelnemers halverwege het parcours weer naar de start terugkeren en opnieuw beginnen: er zijn beginselen en richtlijnen te over, maar de wetgevende instellingen houden er niet strak de hand aan en rechters toetsen er niet aan (onder andere vanwege het nog steeds geldende toetsingsverbod). Het wetgevingskwaliteits-

beleid is een opeenvolging van valse starts. Daarmee vergeleken is de discussie over het, in aanleg zoveel vagere, thema van het procedureel zorgvuldige bestuur wel een echte wedstrijd die bovendien al minstens in de derde ronde zit: de door rechtspraak en doctrine ontwikkelde – en in wetgeving deels gecodificeerde – algemene beginselen van behoorlijk bestuur vormen een hecht toetsingskader voor het bestuurlijk optreden. De hier genoemde rechtsstatelijke kwaliteitsmaatstaven keren er in terug als de formele beginselen die de wijze van besluitvorming en de inkleding van het besluit betreffen:

- zorgvuldige voorbereiding (waaronder de eis dat alle relevante factoren worden meegewogen);
- fair play (burgers zonder vooringenomenheid tegemoettreden);
- verbod van détournement de procedure (de besluitvorming zo structureren dat de meeste waarborgen worden geboden);
- motiveringsbeginsel (draagkrachtige en kenbare motivering);
- formele rechtszekerheid (duidelijke en ondubbelzinnige taal gebruiken) (Van Wijk et al. 1994: 450-452).

4.6.2 MAATSTAVEN VOOR DE KWALITEIT VAN HET BESTUURLIJK HANDELEN

De vraag of het bestuur behoorlijk handelt, heeft veel maar niet alles van doen met procedurele zorgvuldigheid, uitgesplitst in een aantal criteria. Er zijn ook inhoudelijke eisen te stellen aan een rechtsstatelijk opererende overheid. Deze komen gedeeltelijk en onvolkomen aan de orde in de materiële beginselen van behoorlijk bestuur die de inhoud van het besluit betreffen. Vanwege de herkomst van deze beginselen als instrumenten voor marginale toetsing door de rechter, zijn het terughoudend geformuleerde vereisten:

- materiële rechtszekerheid (een eenmaal genomen besluit moet worden nageleefd);
- vertrouwensbeginsel (het honoreren van gerechtvaardigde gewekte verwachtingen);
- gelijkheidsbeginsel (onderscheid mag alleen op relevante gronden worden gemaakt; gevallen die voor het beleid gelijk zijn, moeten gelijk worden behandeld);
- materiële zorgvuldigheid (geen zwaardere lasten opleggen dan strikt nodig is; evenredige belangenafweging; geen disproportionele lasten opleggen).

De algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn naar hun aard gericht op de beoordeling van besluiten. Bestuurlijk optreden betreft meer dan de voorbereiding, vaststelling en uitvoering van besluiten. Ook als de overheid feitelijk of privaatrechtelijk handelt, moet dit optreden rechtsstatelijk zijn. Daarbij zijn niet alleen de bovengenoemde materiële beginselen, maar ook de formele beginselen in zekere zin relevant. Ongeacht de juridische kwalificatie van het overheidsoptreden verlangt rechtsstatelijkheid altijd dat er procedureel zuiver, fair, transparant, non-discriminatoir en proportioneel wordt opgetreden. Hier zit echter, in vergelijking tot de 'harde' status van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur als rechterlijke toetsingsmaatstaven, een grijs gebied.

4.6.3 MAATSTAVEN VOOR DE RELATIE TOT ANDERE 'MACHTEN'

De rechtsstatelijke kwaliteit van het openbaar bestuur moet eveneens in het kader van de trias politica beoordeeld worden. Bestuur staat immers niet op zichzelf: er is vaak een relatie tot wetgeving en rechtspraak en vrijwel altijd een relatie met de burger. De modellen van machtenscheiding en machtsevenwicht geven, op analoge wijze als bij wetgeving, verboden resp. geboden voor bestuur dat de andere machten respecteert.

Het model van scheiding van machten stelt duidelijke grenzen aan legitiem bestuursoptreden, tot uitdrukking komend in deze verboden:

- het bestuur mag geen wetgever zijn in eigen zaak (bestuur vooronderstelt altijd een door een andere, wetgevende instantie vastgesteld normatief kader);
- het bestuur mag de gang naar de rechter niet hinderen.

Het model van evenwicht van machten omschrijft de taak van het bestuur binnen deze grenzen in drie steekwoorden:

- krachtig
- doorzichtig
- controleerbaar

Onder de noemer van 'krachtig bestuur' valt in het kader van de rechtsstatelijkheid te denken aan de eis van doelgericht en doelmatig bestuur. Een overheid die zich verstrikt in weliswaar zorgvuldige maar weinig effectieve procedures of die op uiterst behoorlijke wijze blijkt stil te zitten, is nog geen echt rechtsstatelijke overheid. De burgers verwachten van het bestuur dat het de taak op zich neemt om publieke problemen aan te pakken en bij die taak resultaten te bereiken. Hamilton sprak in de 18e eeuw over 'energy' als typering van bestuur; in onze tijd heeft men het over commitment, over beleidsvisies en uitdagingen. Als het bestuur het laat afweten, zo is de gedachte, is de rechtsstaat geen dienende overheid (Scheltema). Krachtig bestuur betekent ook dat het bestuur de bereidheid toont om de eigen organisatie kritisch te onderzoeken en aan nieuwe eisen aan te passen.

Krachtig bestuur moet altijd doorzichtig en controleerbaar zijn. De overheid moet bij haar grootse plannen de openbaarheid zoeken, keuzes uitleggen en verdedigen, openstaan voor kritiek. Over al zijn optreden moet het bestuur verantwoording afleggen aan vertegenwoordigende organen en (gedeeltelijk) aan de rechter. Tussen kracht enerzijds en openheid en controleerbaarheid anderzijds bestaat een spanningsverhouding.

4.7 HET TOEPASSINGSBEREIK VAN DE RECHTSSTATELIJKHEIDSMAATSTAVEN VOOR BESTUUR

Rechtstatelijke kwaliteitsmaatstaven voor bestuur zijn breed toepasbaar, maar richten zich in hun volle omvang toch vooral op die bestuursorganen die beleidsvrijheid hebben, beleid vormen en het vervolgens uitvoeren. Vanuit de burger geredeneerd kan het toepassingsbereik nog enigszins verruimd worden tot uitvoeringsorganisaties, zelfstandige bestuursorganen en private organisaties die ingehuurd zijn voor een publieke taak: niet de publiekrechtelijke of privaatrechtelijke organisatievorm is relevant, maar de impact op de belangen van de burger. In deze richting kan men zich bijvoorbeeld voorstellen het beleid dat uitvoeringsorganen en zbo's geacht worden niet zelf te bepalen (maar dat zij in de praktijk wel degelijk voeren), tevens onder het bereik van de eisen omtrent zorgvuldige beleidsvoorbereiding te brengen. Interessantere verruimingsmogelijkheden doen zich voor als procedureel zorgvuldig bestuurlijk optreden geëist wordt van private organisaties die geen publieke taak hebben, maar wel de belangen van burgers behartigen of raken. Een school, een ziekenhuis, een bedrijf, een vakorganisatie: zij zijn allemaal niet de overheid, maar deze actoren kunnen de belangen van burgers op vergelijkbare wijze treffen; het is redelijk in die gevallen een vergelijkbare procedurele zorgvuldigheid te eisen. Niet alle beginselen van behoorlijk bestuur zijn even bruikbaar; net als bij de verruiming van het bereik van kwaliteitsmaatstaven voor wetgeving is er maatwerk nodig om rechtsstatelijke kwaliteit op een zinvolle manier bespreekbaar te maken. Vanuit het standpunt van de burger zijn vooral van belang: transparante procedures, openbaarheid van gegevens, het recht om zijn standpunt kenbaar te maken op een moment dat dat er nog toedoet, proportionele afwegingen, fair play, gelijke behandeling, honoreren van gewekt vertrouwen, een objectieve klachtenprocedure, een verantwoordingsplicht bij kritiek.

Het gewicht van de kwaliteitsmaatstaven voor goed bestuur kan ook toenemen door de criteria niet als minimumeisen op te vatten maar als bestuurlijke idealen waar een fatsoenlijk en professioneel bestuur naar moet streven. De lat kan bij alle bestuurlijke maatstaven hoger worden gelegd dan gebruikelijk is in de rechtspraak. Juist de hantering van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in het kader van marginale toetsing zorgt ervoor dat de criteria als minimumeisen gehanteerd worden, uit een begrijpelijke vrees bij de rechter om de beleidsvrijheid van het bestuur te zeer aan te tasten (al betekent dit niet dat de eisen niet soms ver daarboven zijn opgevoerd, bijvoorbeeld in het kader van de toetsing van motiveringsgebreken; zie de discussie over het rapport-Van Kemenade). Welke aspiraties liggen eigenlijk verborgen in het streven om te besturen op een rechtsstatelijke manier? Die vraag wordt eerder gesteld door sociologen en bestuurskundigen dan door juristen. Het ideaal van responsief bestuur vat veel overwegingen uit deze disciplines samen. Het gaat om een consequente, competente en luisterende overheid. Vooral dat laatste is belangrijk: de overheid die luistert naar de burgers moet niet halsstarrig van eigen probleemdefinities, procedureplannen en wettelijke kaders uitgaan, maar bereid zijn iets op te steken

van 'geluiden uit de samenleving'. Dat betreft niet alleen het beleid, ook het eigen functioneren moet eigener beweging kritisch worden geëvalueerd. Een responsieve overheid "perceives social pressures as sources of knowledge and opportunities for self-correction" (Nonet and Selznick 1978: 77).
Indicaties voor de aanwezigheid van responsief bestuur zijn onder meer:
- gerichtheid op interactie en dialoog;
- het bestuur spreekt de taal van de burger;
- tweerichtingsverkeer tussen overheid en burger (paradigma van de rechtsbetrekking);
- minder gerichtheid op het besluit, meer op de relatie;
- pro-actief beleid;
- procesmanagement en procesarchitectuur;
- effectieve evaluatie van gevoerd beleid.

4.8 RECHTSSTATELIJKHEIDSEISEN VOOR RECHTERS. UITGANGSPUNT

Onder een regime dat zich kenmerkt door 'rechtsstatelijkheid' hebben burgers en organisaties de mogelijkheid conflicten aan de rechter voor te leggen. De rechtspraak voldoet dan aan drie typen kwaliteitsmaatstaven:
- maatstaven voor een eerlijk proces;
- maatstaven voor inhoudelijke kwaliteit;
- maatstaven voor de relatie met andere 'machten' (wetgever en bestuur).

4.9 RECHTERS

4.9.1 MAATSTAVEN VOOR EEN EERLIJK PROCES

De mogelijkheid om een conflict voor te leggen aan een onafhankelijke en onpartijdige rechter is een van de 'hardste' en meest universele kenmerken van de rechtsstaat. Rechtsstatelijke kwaliteitsmaatstaven voor rechtspraak zijn eveneens in de loop van eeuwen tot harde criteria uitgekristalliseerd. Ze zijn gecodificeerd in art. 6 EVRM en de daarop gebaseerde rechtspraak over de waarborgen voor een eerlijk proces bewijst dat het hierbij om 'levend recht' gaat. De normen voor een eerlijk proces mogen dan duidelijk zijn, dat wil niet zeggen dat het in de praktijk eenvoudig is om eraan te voldoen. (Een voorbeeld is het vereiste van een 'redelijke termijn': wat door de rechter, in het licht van de werkdruk en de beperkte capaciteit van het justitiële apparaat en de rechterlijke macht zelf, nog 'redelijk' wordt gevonden, komt allang niet meer overeen met wat maatschappelijk een redelijke termijn wordt gevonden.) Als er bij wetgevingskwaliteit sprake is van een wedstrijd met valse starts en bij bestuurskwaliteit van een wedstrijdverloop dat al een eind is gevorderd, dan geldt voor rechtspraakkwaliteit dat de deelnemers er al vele succesvolle races op hebben zitten, maar telkens in het zicht van de finish nog kunnen struikelen.

De kwaliteitsmaatstaven die betrekking hebben op een eerlijk proces kunnen gedetailleerd worden uitgewerkt – onder meer in procesrechtelijke regelingen die alle stadia van de rechtsgang in kaart brengen – maar ook in grote lijnen worden aangeduid. Dan gaat het om de volgende beginselen:
- onafhankelijkheid;
- onpartijdigheid;
- openbaarheid;
- recht op rechtsbijstand;
- hoor en wederhoor;
- *equality of arms*;
- procedure en beslissing binnen redelijke termijn;
- decisieverplichting;
- motiveringsvereiste;
- recht op hoger beroep;
- effectieve uitvoering van het vonnis (Veldt 1997: hoofdstuk 1).

4.9.2 MAATSTAVEN VOOR INHOUDELIJKE KWALITEIT

Rechtsstatelijke rechtspraak moet meer bieden dan procedurele zorgvuldigheid. Er moeten ook garanties zijn dat de rechters een juist, een rechtvaardig oordeel geven (*right answer claim*). Over de vraag wat deze breed omschreven eis inhoudt, is veel controverse. Onomstreden is echter dat er waarborgen en criteria nodig zijn om de inhoudelijke kwaliteit van het recht te verzekeren. Daarbij spelen in elk geval de volgende kwaliteitsmaatstaven:
- geldend recht (de rechter moet de toepasselijke rechtsbronnen benutten);
- passend recht (de rechter moet de regels zo toepassen dat zij recht doen aan de omstandigheden van het geval);
- interpretatiegebod (in moeilijke kwesties moet de rechter regels en beginselen interpreteren om tot een hanteerbare oplossing van het probleem te komen);
- motiveringsvereiste (dit speelt een dubbele rol);
- rechtsgelijkheid, rechtszekerheid en rechtseenheid (vereiste van uniforme uitleg en toepassing van het recht).

Deze inhoudelijke kwaliteitsmaatstaven worden ondersteund door de institutionele waarborgen die uitgaan van hoger beroep en cassatie. De cassatie is als instituut vooral gericht op de bewaking van de kwaliteit van het recht.

4.9.3 MAATSTAVEN VOOR DE RELATIE TOT ANDERE ‘MACHTEN’

Rechtsstatelijke rechtspraak is het sluitstuk van de trias politica. De controle door de rechter geeft de burgers zekerheid over de status en de betekenis van wet- en regelgeving. De rechter moet de grenzen bewaken tussen de staatsmachten en de omgangsvormen tussen overheid en burger. Omdat de rechter het laatste woord heeft, moet hiermee echter uiterst zorgvuldig worden omgegaan: de rechter moet ook zijn eigen positie in de trias politica bewaken en de werkbaar-

heid van het gehele systeem van *checks and balances* in zijn overwegingen betrekken. De rechtspraak vervult dus een bij uitstek politieke functie die te maken heeft met het instandhouden van een gewenste constitutionele orde, maar moet tegelijkertijd ook in deze materie onafhankelijk en onpartijdig zijn. Het woord 'spanningsverhouding' is voor dit mijnenveld, als het er op aankomt, een te eufemistische typering.

Het model van scheiding van machten legt de rechter twee verboden op:

- de rechter mag niet de taak van de wetgever overnemen;
- de rechter mag niet op de stoel van het bestuur gaan zitten.
  Beide verboden zijn in de praktijk problematisch. Wetten moeten geïnterpreteerd worden, vooral als het gaat om vage en open normen daarin, en dit geeft de rechter veel vrijheid; het is soms onvermijdelijk dat interpretatie uitmondt in het overnemen van werk dat eigenlijk des wetgevers is. Hoger recht (inzake mensenrechten) maakt dit soms ook wenselijk. De wetgever compliceert het verbod door zelf vage normen te maken (in strijd met de kwaliteitsmaatstaven voor wetgeving) en door van veel kwesties met zoveel woorden uit te spreken dat die aan de rechter zijn ter nadere invulling. Het gebruik van open normen (zoals redelijkheid en billijkheid of openbare orde) betekent dat de rechter mandaat krijgt om zelf de normen nader te omschrijven. De leer van de marginale toetsing is bedoeld om te voorkomen dat de rechter op de zetel van het bestuur plaatsneemt en tegelijk toch rechterlijke controle mogelijk te maken. In de praktijk is er vaak verschil van mening over de wijze waarop hiermee wordt omgesprongen. Deze situatie maakt de geboden van het model van het machtsevenwicht aantrekkelijk:
- de rechter mag door interpretatie de rechtsvorming bevorderen;
- de rechter gaat alleen tot nieuwe rechtsvorming over als daarvoor maatschappelijk draagvlak bestaat en de maatschappelijke discussie al richting geeft aan de nieuwe tendens in de rechtsontwikkeling;
- de rechter laat daarbij de mogelijkheden voor toekomstige politieke rechtsvorming door wetgever en bestuur echter zoveel mogelijk in stand.

4.10 HET TOEPASSINGSBEREIK VAN RECHTSSTATELIJKHEIDSMAATSTAVEN VOOR RECHTSPRAAK

De kwaliteitsmaatstaven voor een eerlijk proces en voor inhoudelijke kwaliteit zijn vanuit het standpunt van de burger niet alleen van belang voor elk rechterlijk college. In de tijd dat er naast bestuursrechtspraak ook administratief beroep bestond (voor dit door de toepassing van art. 6 EVRM in het Benthem-arrest onmogelijk werd gemaakt), was er alle reden de criteria ook van toepassing te achten op administratief beroep. Het blijvende kritische potentieel van de door art. 6 gecodificeerde beginselen blijkt wel uit het feit dat de Commissie heeft aangekondigd de Nederlandse vormgeving van de bestuursrechtspraak (met de Raad van State als hoogste instantie) tevens aan een onderzoek op basis van deze maatstaven te onderwerpen. De reden daarvan is de vraag of de Raad als adviseur van de regering wel werkelijk onpartijdig en onafhankelijk is. Voor de burgers

zijn de kwaliteitsmaatstaven voor een eerlijk proces en voor inhoudelijke kwaliteit ook van belang bij niet-rechterlijke conflictbeslechting door een of andere derde partij. Het kan gaan om klachtencommissies, waarvan er vele verschillende soorten zijn, maar ook om arbitrage en mediation. (Zo heeft Cleiren (2001) mediation bijvoorbeeld bekritiseerd als een vorm van conflictbehandeling die aan deze maatstaven niet voldoet en daarom minder geschikt is dan rechtspraak. De vraag is dan natuurlijk wel of het optreden van de derde partij wel werkelijk met rechtspraak vergelijkbaar is of als alternatief daarvoor moet worden opgevat. Het is denkbaar mediation als aanvulling op een gerechtelijke procedure te gebruiken – als techniek om problemen die niet juridiseerbaar zijn, hanteerbaar te maken, als tegenwicht tegen juridisering en bureaucratisering en zo wellicht de gang naar de rechter te voorkomen – zodat wat de eventuele conflictbeslechting betreft de traditionele maatstaven toch van toepassing blijven.)
De kwaliteitsmaatstaven kunnen op verschillende manieren en op niveaus worden geïnterpreteerd, net als bij de maatstaven voor rechtsstatelijk bestuur het geval is. Een redelijke termijn van een jaar voor de volgende stap in de schakel van de rechtspleging is een erg minimale invulling (*morality of duty*), het streven naar snellere afhandeling van zaken brengt een navenant hoger aspiratieniveau tot uitdrukking. Soortgelijke wendingen naar een *morality of aspiration* zijn mogelijk bij alle kwaliteitsmaatstaven voor een eerlijk proces en voor inhoudelijke kwaliteit. Er blijft altijd wel iets te wensen over. Op een onderdeel kan geconstateerd worden dat de wending naar een hoger aspiratieniveau een impliciet ideaal naar voren brengt: dat van integriteit. Als we cassatie zien als instituut dat rechtseenheid, rechtsgelijkheid en rechtszekerheid bevordert en bijdraagt aan de geleidelijke ontwikkeling van het recht door middel van rechtspraak, rijst de vraag hoe de rechter in cassatie eigenlijk te werk moet gaan. Volgens Dworkin (1991) speelt bij de bewerking van *hard cases* door de hoogste rechter het ideaal mee van *integrity*. De rechter toont de juridische deugd van de integriteit door een speciaal gebruik te maken van zijn interpretatievrijheid: hij prefereert die oplossing van het moeilijke geval die te rijmen is met de stand van het geldende recht en tegelijkertijd het rechtssysteem als geheel tot het best mogelijke maakt. Er is veel controverse over de bruikbaarheid en zelfs de wenselijkheid van het ideaal van integriteit (in Nederland o.a. verdedigd door Rozemond (1998)), maar wat daarbij buiten kijf is, is dat het streven naar integriteit in de door Dworkin bedoelde betekenis een juridische deugd is die onmisbaar is voor de *Rule of Law*.

4.11 EEN CASUS. DE KWALITEIT VAN DE EUROPESE WETGEVING

Het overzicht van kwaliteitsmaatstaven is bewust kaal gepresenteerd. Bij elke kwaliteitsmaatstaf zou een zeer omvangrijke literatuur besproken kunnen worden en daarbij zou het overzicht gemakkelijk verloren gaan. Om toch een indruk te geven van wat een uitgebreidere bespreking van de rechtsstatelijke kwaliteitsmaatstaven op kan leveren, wordt dit hoofdstuk afgesloten met een casus: de kwaliteit van de Europese wetgeving. Gebruikmakend van inzichten uit de juridische en de republikeinse traditie kunnen er minstens drie voorstellen worden gedaan voor een verbetering van de kwaliteit van de Europese wetgeving en voor

een betere procedure die dat streven ondersteunt.

Wat is er uit een oogpunt van kwaliteit ten behoeve van de burgers op Europese wetgeving aan te merken? Bronnen die dicht bij het vuur zitten (ambtenaren bij de Europese Commissie) komen zelf met een indringende analyse (Bracke 2000: 257-275). Er zijn heel veel regels (het befaamde *acquis communautaire* dat aan de toetredende lidstaten als voorwaarde voor toetreding wordt opgelegd, beslaat meer dan 80.000 pagina's druk). De grote hoeveelheid alleen al maakt de regelingen moeilijk toegankelijk voor belanghebbende en geïnteresseerde burgers. De uitvoering van de regels wordt door de grote kwantiteit uiteraard ook moeilijker. Interpretatie van de regels is vaak een probleem omdat er inconsistenties tussen de regelingen bestaan. Het gevolg is geen toename maar een afname van rechtszekerheid (overdaad schaadt). Deze problemen worden verergerd door de regelmatige wijzigingen die in de regelingen worden aangebracht; er is geen stabiele regulering, alle direct betrokkenen moeten de hele tijd op hun qui-vive zijn, omdat veranderingen in de regels hun (economische) handelen raken. De tekst van de regelingen is vaak uiterst gedetailleerd (in dit opzicht is de Brusselse stijl van reguleren ver verwijderd van Nederlandse idealen die uitdrukking hebben gevonden in de Aanwijzingen voor de wetgevingstechniek). Dat leidt tot nog meer problemen op het vlak van toegankelijkheid, uitvoering, interpretatie en rechtszekerheid. De te grote detaillering leidt ook tot rechtsongelijkheid in individuele gevallen en tot onrechtvaardige regels. Een gedetailleerde wetgevingsstijl betekent, anders dan men wellicht zou verwachten, geen keuze voor scherpe normen (in dit opzicht wijkt de Brusselse aanpak sterk af van de idealen van de common-lawwetgeving). Er zijn veel vage normen. Dit versterkt de hiervoor genoemde problemen nog.

Erkend moet worden dat veel van deze kwaliteitsproblemen voortkomen uit de stand van het Europese integratieproces en maar gedeeltelijk verholpen kunnen worden. Vage taal in richtlijnen geeft bijvoorbeeld de lidstaten ruimte voor hun eigen interpretaties en voor nationaal beleid. Voor Europese verordeningen gaat dit excuus niet op en voor beide typen wetgeving zouden minimumvoorwaarden van kwaliteit moeten gelden.

De juridische en de republikeinse traditie kunnen op (minstens) drie manieren bijdragen aan kwaliteitsverbetering. In de eerste plaats heeft de juridische traditie al sinds het begin van de bestudering van het Romeinse en canonieke recht maximen voortgebracht waarmee de kwaliteiten van wetten kunnen worden beoordeeld.[3] Isidorus van Sevilla geeft in de zevende eeuw al een beknopte omschrijving van de kunst van het wetgeven waar latere auteurs op voortbouwen:

"Now a law will be honourable, just, capable of being obeyed, in accordance with nature and in accord also with ancestral practice, adapted both to its time and to its place; necessary, useful and clear (so as to contain nothing to trip people up through misunderstanding); not framed for the advantage of any individual, but for the common benefit of the citizens." (Kelly 1992: 95-96)

Fuller verwijst naar Isidorus als een van de natuurrechtelijke bronnen voor zijn eigen acht kwaliteitsmaatstaven voor goede wetgeving. En inderdaad zijn de overeenkomsten frappant. De traditie van denkbeelden over de kunst van het wetgeven heeft na dertien eeuwen nog volledig herkenbare trekken. Het blijvende kritische potentieel blijkt als we de criteria van Isidorus en Fuller naast de probleemanalyse leggen van de kwaliteit van de Europese wetgeving. Als er bij het opstellen van Europese regels voor zou worden gezorgd dat de kwaliteitsmaatstaven uit de juridische traditie, samengevat in de acht maximen van Fuller, als minimumvoorwaarden zouden gelden voor acceptabele regelgeving, zouden veel problemen kunnen worden voorkomen.[4]

In de tweede plaats is in de republikeinse traditie van aanvang af veel aandacht geweest voor de openbaarheid, transparantie en toegankelijkheid van het proces van wetgeving en van de daaruit voortkomende gezaghebbende teksten. Vanuit dit type republikeinse kwaliteitsmaatstaven is er veel kritiek mogelijk op de totstandkoming van Europese regels en op de toegankelijkheid van de uitkomsten. Het niet-openbare of semi-openbare karakter van de onderhandelingen op ambtelijk en ministerieel niveau wordt door republikeinen afgekeurd. Als nationale parlementen en het Europees Parlement in feite aan die teksten niet veel meer kunnen veranderen, is dit ook strijdig met het republikeinse idee van publieke deliberatie. De wetgevingsprocedures voldoen niet aan eisen van transparantie. De republikeinse kritiek treft ook het duistere taalgebruik van de regelingen; de Europese wet moet niet voor specialisten, maar voor burgers geschreven worden. (In de terminologie van de juridische traditie is dit trouwens evenzeer een probleem: een overheid die de wetten niet met het oog op de burgers formuleert, kan geen dienende overheid zijn.)

Een beweging die deze denkbeelden van de republikeinse traditie actueel maakt, is de *Plain Language Movement*.[5] Dit is een netwerk van juristen in verschillende landen – vooral sterk in de Verenigde Staten, het Verenigd Koninkrijk en Zweden – dat het oogmerk heeft te bevorderen dat juristen weer de taal van gewone mensen gaan spreken. Zij hebben de oorlog verklaard aan het juridische jargon, of dit nu gebruikt wordt door de advocaat, de notaris of de rechter, dan wel te vinden is in wetgeving.[6] De kracht van deze beweging schuilt in de taalkundige precisie waarmee versluierende teksten worden ontleed en de inventiviteit die aan de dag gelegd wordt om betere taal te produceren – zonder de complexe vraagstukken waar het recht op in moet spelen te versimpelen (Kimble 1994-1995: 51-85). Martin Cutts (2001) van de Engelse *Plain Language Commission* heeft de methoden van de Plain Language Movement toegepast op de Europese richtlijn inzake de kwaliteit van speelgoed. Hij laat zien dat er maar liefst 32 taalkundige valkuilen in de regeling aanwezig zijn. Vervolgens herschrijft hij de regeling voor gewone burgers. Het resultaat is verbluffend goed. Zonder de regeling te versimpelen, is een grotere duidelijkheid bereikt. Belangrijk daarbij is de invoering van een samenvatting ten behoeve van de burgers (*citizens summary*) voorin de tekst van de regeling.

In de derde plaats kunnen beide tradities – de juridische en de republikeinse – zich uitspreken over de aan de institutionele structuur van het wetgevingsproces te stellen eisen die de kans op goede wetgeving vergroten. Er moet een goede machtsbalans aanwezig zijn in het wetgevingsproces, gericht op het tegelijkertijd mogelijk maken van zowel goede samenwerking als het inbouwen van waarborgen tegen overheersing door een of meer actoren. Openbaarheid, verantwoording en transparantie zijn daarvoor essentiële voorwaarden. Er moet een evenwicht gezocht worden tussen representatie en deskundigheid. Het institutionele arrangement moet ruimte bieden voor participatie, representatie en deliberatie. Deze wenselijkheden kunnen uit beide tradities worden afgeleid.

De totstandkoming van de Europese wetgeving (richtlijnen en verordeningen) is de afgelopen jaren aanmerkelijk complexer geworden, met bevoegdheden die verkaveld zijn over de Raad van Ministers (en de daarvan afgeleide onderraden), de Commissie, daaronder ressorterende comités van experts, het Europese Parlement en de nationale parlementen. Transparant kan die bevoegdheidsverdeling niet genoemd worden. Veel wetgevende activiteit geschiedt achter gesloten deuren, zodat slechts minimaal aan eisen van openbaarheid is voldaan (er is wel een publicatieplicht). Noch de nationale parlementen, noch het Europese Parlement beschikken over veel mogelijkheden om de participanten in het, voor de publieke opinie onzichtbare, wetgevingsproces ter verantwoording te roepen over hun rol in de totstandkoming van wetgeving. Alleen al deze overwegingen suggereren een scheve machtsbalans. De nadruk ligt te sterk op geheimhouding, expertise, compromisvorming en efficiënte interne procedures; er is te weinig oog voor machtsbeperking, voor publiek debat, voor verantwoording en doelmatige uitvoering. De bureaucratie overheerst de democratie (Curtin 1997).

Beschouwingen over onderdelen van het onoverzichtelijke complex van wetgevende activiteiten geven niet alleen een scherper beeld, maar brengen ook alternatieven voort die verwantschap tonen met denkbeelden uit de juridische en de republikeinse traditie. Zo komt Gargarella tot een indringende kritiek op de positie en rol van de Raad van Ministers (met onderraden).

"As a representative institution in charge of adopting fundamental political decisions, the Council of Ministers exhibits significant flaws: its members are not directly elected; and it concentrates too much authority through vaguely defined powers. It is then very difficult for the European citizens to reward or punish its members (...) and the Council is not institutionally well prepared to register the internal political and social differences that exist within each country." (Gargarella 2000: 195)

De remedie moet, volgens Garagarella, op basis van deze analyse gezocht worden in het transparanter maken van het besluitvormingsproces en in het zoeken van nieuwe vormen van publieke deliberatie, waarbij niet alleen de volksvertegenwoordigers, maar zoveel als mogelijk ook de gewone burgers mee kunnen denken over belangrijke beslissingen. Die remedie mag in de verhoudingen van het moment utopisch lijken, maar is onmiskenbaar democratisch.

Richt Gargarella zich op de rol van de Raad van Ministers, Carl Fredrik Bergström onderwerpt juist de rol van de Commissie aan een nader onderzoek. Hij constateert belangrijke kwantitatieve en kwalitatieve verschuivingen van de Raad van Ministers naar de Commissie. Maakte in 1978 de Raad nog 36 procent van de verordeningen en 77 procent van de richtlijnen, in 2000 zijn die aantallen afgenomen tot respectievelijk 23 procent en 56 procent. De Commissie maakt navenant meer wetgeving. Weliswaar doorgaans 'ter implementatie' van wetgeving die de Raad heeft goedgekeurd, maar Bergström laat zien dat de noemer implementatie een vrijwel onbeperkte bevoegdheidstoedeling inhoudt. De invoering van het comitologie-systeem is in deze context nog een belangrijke kwalitatieve machtsverschuiving. Niet de Commissie, maar comités van experts die op nationale grondslag zijn aangewezen, maken in feite de regels in samenwerking met vertegenwoordigers van allerlei belangenorganisaties en buiten de openbaarheid om. Onder de vlag van de commissie is een cultuur ontstaan van informele en ongecontroleerde netwerkvorming en consultatie. De voordelen hiervan zijn een toename van flexibiliteit, het vermijden van tijdrovende beraadslagingen in het Europese Parlement, het betrekken van meer deskundigheid en het kunnen anticiperen op praktische problemen in de uitvoering. Maar Bergström (2001) constateert dat het comitologie-systeem tekortschiet uit oogpunt van representatie, participatie en deliberatie. Wie meer democratie en rechtsstatelijkheid wil, zal dit systeem moeten afschaffen.

Een veelgehoord voorstel dat tot een verbetering van representatie en deliberatie zou kunnen leiden, is de instelling van een uit nationale parlementen gekozen Europese senaat. Deze zou dan met name een taak krijgen op het vlak van de wetgeving en daar onder meer een subsidiariteitstoets kunnen uitvoeren (dat wil zeggen: vaststellen op welk niveau – nationaal of Europees – de regeling eigenlijk thuishoort) (Timmermans 2001: 342-346). Voor het probleem van de ontbrekende participatie van burgers in het debat over het algemeen belang van de Europese Unie dat tot wetgeving aanleiding moet geven, biedt dit voorstel uiteraard geen oplossing. Een Europese senaat zou het nadeel kunnen hebben van versnippering van de publieke deliberatie over wetgeving (de nationale parlementen en het Europese Parlement blijven op de hun eigen, marginale wijze alle ook betrokken) en kan zelfs een toename van juridisering en bureaucratisering tot gevolg hebben. Om die reden is het misschien beter vormen te zoeken waarin de burgers van Europa ertoe gebracht worden om over brandende kwesties (zoals gentechnologie en vergrijzing) met elkaar, met deskundigen en met hun vertegenwoordigers in debat te gaan over wenselijke Europese wetgeving (zoals de instelling van een *Deliberation Day*, zie deel I, hoofdstuk 5). Bij onderwerpen die minder in de publieke belangstelling staan, kan ook gedacht worden aan de mogelijkheid om volksvertegenwoordigers uit de verschillende nationale parlementen via interparlementaire overlegorganen met elkaar te laten debatteren (Blichner 2000: 141-163).

NOTEN

1 Fuller (1963: hoofdstuk 2). Vgl. ook Witteveen en Van der Burg (1999: 312-345).

2 Voor een uitgebreidere bespreking van deze twee 'modellen', zie Witteveen (1996).

3 Kelley (1990) laat zien dat zulke ideeën over wetgeving niet op zichzelf stonden, maar deel uitmaakten van omvattende visies over recht en samenleving.

4 Voor een voorbeeld van de manier waarop hiermee gewerkt kan worden, zie Witteveen en Van der Burg (1999).

5 De beweging geeft het tijdschrift Clarity uit, met het motto "A movement to simplify legal language".

6 In Zweden heeft de Plain Languagebeweging ingang gevonden in het regerings-beleid; het officiële beleid is erop gericht in gewoon Zweeds wetten te maken. Over de daartoe genomen initiatieven, zie Ehrenberg-Sundin (1995: 21-32).

5 RATIONALITEIT EN RECHTSSTATELIJKHEID. CONVERGENTIE EN WISSELWERKING

5.1 STELLINGNAME

De rechtsstaat wordt vaak gezien als een soort intellectuele eigendom van juristen. Rechtsstatelijke kwaliteitsmaatstaven worden in het publieke debat eerder door juristen naar voren gebracht dan door mensen die geen scholing hebben in het recht. Ze worden daarom ook vaak begrepen als beginselen die voortvloeien uit de technische competentie van een bepaalde groep van professionals. Voor 'buitenstaanders' drukken ze een bepaald belang uit dat wellicht zijn waarde heeft, maar dan toch altijd naast andere belangen die een eigen vorm van wetenschappelijke en professionele rationaliteit vertonen. De rationaliteit van het recht – inclusief de daarbij behorende waardenoriëntaties – wordt tegenover andere rationaliteiten geplaatst die, met gelijk recht van spreken, hun eigen normatieve en kwalitatieve eisen stellen.

Deze perceptie neemt in het publieke debat en in de politieke en bestuurlijke praktijk de vorm aan van een oppositie: de rationaliteit van het recht staat tegenover andere rationaliteiten (politiek, bestuurlijk, economisch, organisatorisch, technisch, wetenschappelijk). Als er politieke voorstellen worden gedaan om de politie de bevoegdheid te geven in bepaalde risicogebieden preventief te fouilleren dan steunt dit bijvoorbeeld op een politieke logica: tegemoetkomen aan de perceptie van onveiligheid onder de bevolking. Maar het zijn de juristen die komen met rechtsstatelijke bezwaren (het past niet in het strafrechtelijke systeem om een ongeclausuleerde en ongecontroleerde bevoegdheid te geven om op een fundamentele vrijheid inbreuk te maken). Politiek staat tegenover recht, effectieve criminaliteitsbestrijding botst op eisen van rechtsstatelijkheid. Van deze oppositie zijn legio voorbeelden te geven. Recentelijk werden er bijvoorbeeld zowel in Nederland als in het Verenigd Koninkrijk politieke voorstellen gedaan om bij nieuw bewijs reeds afgehandelde strafzaken te heropenen; daartegenover staat dan het juridische *ne bis in idem*-beginsel dat zich verzet tegen een tweede berechting van dezelfde verdachte. Deze oppositionele ordening van de verhouding tussen politieke en juridische afwegingen verdraagt zich slecht met de redenering uit het vorige hoofdstuk waarin in deliberatie en democratische verhoudingen juist een grondslag werd gezien voor algemene aanvaarding van eisen van rechtsstatelijkheid door de burgers van een democratische politieke gemeenschap. Het is daarom van belang deze kwestie apart te bespreken.

Dat rationaliteiten elkaar uitsluiten en de daaraan ontleende argumentaties in praktijkgevallen op elkaar botsen, is langzamerhand ook gemeengoed geworden in de bestuurskunde en de politieke wetenschap. Snellen kreeg in Nederland veel instemming met zijn stelling dat het overheidsbeleid inherent te maken heeft met vier "gezichtspunten waartussen geen algemeen geldige rationele ordening mogelijk is", met "vier in zich gesloten stelsels voor verantwoord handelen": de politieke rationaliteit, de juridische rationaliteit, de economische rationaliteit

en de technische- en sociaal-wetenschappelijke rationaliteit. Snellen (1987: 1-6) meent dat er tussen deze vier rationaliteiten fundamentele spanningsverhoudingen bestaan en dat deze spanningen niet in een overkoepelende rationaliteit oplosbaar zijn.

"In het feitelijke overheidsbeleid zien wij dagelijks een soort 'ruilrelaties' tussen de rationaliteiten tot stand komen. Men kan zich het overheidsbeleid opgespannen voorstellen tussen de vier genoemde rationaliteiten. Vanuit elk van die levenssferen wordt voortdurend gepoogd de eigen rationaliteit te maximaliseren. Dit gaat dan uiteraard ten koste van de andere rationaliteiten." (Snellen 1987: 6)

De autopoiesetheorie van Luhmann en Teubner leverde kort hierna een theoretische onderbouwing voor deze stellingname. Volgens Teubner (1989) hebben de verschillende rationaliteiten, als systemen die in het discours functioneren, niet het karakter van open maar van gesloten systemen; autopoietisch is die geslotenheid doordat een systeem zichzelf op grond van input uit andere systemen reorganiseert, maar altijd in termen van de eigen mogelijkheden. Het recht percipieert de economie of de politiek nooit rechtstreeks maar altijd in een juridische vervorming. Langs de weg van de discours-analyse, die onder andere aanbevolen wordt in de al aangehaalde oratie van Hajer, komt men tot soortgelijke stellingen.

Het is inderdaad niet moeilijk om voorbeelden te vinden van praktijksituaties waarin de verschillende rationaliteiten waar overheidsbeleid mee te maken heeft, elkaar in de weg staan. Conflicten tussen rationaliteiten zijn voor deelnemers aan de ambtelijke, bestuurlijke en politieke praktijk een alledaags gegeven. Het zou echter onjuist zijn de feiten daarom meteen ook maar tot norm te verheffen. Dat is het geval wanneer de afweging tussen criteria die aan verschillende domeinen ontleend zijn, wordt voorgesteld als een niet nader te motiveren keuze (primaat van de politiek) of als uitkomst van een machtsstrijd. De theoretische onderbouwing van het conflict tussen rationaliteiten leidt tot niet-falsificeerbare beweringen. Waar de theorie geen oog voor heeft, is dat het soms door bekwaam politiek handelen mogelijk is om tussen domeinen te bemiddelen en zelfs om criteria vanuit het ene domein naar het andere domein te vertalen (Witteveen 1999a: 645-665). De acceptatie van de rationaliteiten-these leidt bovendien tot het niet onderzoeken van de vraag of er behalve strijd tussen rationaliteiten niet ook samenwerking en overeenstemming tussen rationaliteiten kunnen bestaan. Het is alsof oorlog de enige zinvolle metafoor is, als het om openbaar bestuur gaat.

Rationaliteitendefaitisme, dat is in een woord de diagnose. In dit hoofdstuk komt de mogelijkheid aan de orde dat kwaliteitsmaatstaven uit andere domeinen dan het recht in sommige gevallen de rechtsstatelijkheidsgedachte ondersteunen. Zonder de spanningsverhouding tussen de rationaliteiten te willen ontkennen of de praktische gevolgen daarvan te willen bagatelliseren, luidt de stelling:

*De rechtsstatelijke kwaliteitsmaatstaven winnen aan kracht als ze ondersteund worden door kwaliteitsmaatstaven die zijn ontwikkeld binnen een andere rationaliteit dan de juridisch*e.

In dit hoofdstuk is het om praktische redenen niet doenlijk om een tour d'horizon te maken langs alle andere rationaliteiten dan de juridische. Wel kan geprobeerd worden de stelling een begin van plausibiliteit te geven, in de hoop op het totstandkomen van een discussie die tot diepgaander onderzoek over de relatie tussen rationaliteit en rechtsstatelijkheid aanleiding geeft. Allereerst komt de mogelijkheid van convergentie tussen rationaliteiten aan de orde; het voorbeeld daarbij is de discussie over kwaliteitsmaatstaven van goed bestuur in verband met ontwikkelingsbeleid. Daarna bespreken we de mogelijkheid van wisselwerking tussen rationaliteiten die elkaar ook op een aantal onderdelen uitsluiten; het voorbeeld daarvan ontlenen we aan de economische benadering van rechtsprincipes en juridische instituties.[1]

5.2 RECHTSSTATELIJKHEID, ONTWIKKELINGSBELEID EN GOED BESTUUR

Een interessante poging om kwaliteitsmaatstaven uit verschillende rationaliteiten met elkaar tot een zinvol geheel te combineren, is te vinden in het ontwikkelingsbeleid. Na vele mislukkingen is immers het inzicht gegroeid dat good governance (goed bestuur) een voorwaarde is voor daadwerkelijke economische ontwikkeling. Een alleen op economische indicatoren georiënteerde benadering loopt telkens weer vast op verschijnselen als zwakke administratie, wijdverbreide corruptie, een tekortschietend rechtssysteem, afwezig maatschappelijk draagvlak, enzovoorts. Afgaande op het recente WRR-rapport met bijbehorende preadviezen over dit onderwerp, vindt hier een convergentie plaats van kwaliteitsmaatstaven uit verschillende wetenschappelijke achtergronden: politicologie, economie, bestuurskunde, rechtsgeleerdheid. De hoop is kennelijk om maatstaven te vinden die niet alleen goed op elkaar aansluiten, maar elkaar ook in hun werking kunnen versterken.

Het verlangen naar een convergentie van kwaliteitsmaatstaven komt om te beginnen al naar voren in de omschrijving die VN-secretaris-generaal Kofi Annan geeft van *good governance:*

"By good governance is meant creating well-functioning and accountable institutions – political, judicial and administrative – that citizens regard as legitimate, through which they participate in decisions that affect their lives, and by which they are empowered." (Geciteerd in Hirsch-Ballin 2001: 221)

Het zou een omschrijving van een democratische rechtsstaat kunnen zijn, ware het niet dat niets gezegd wordt over de aard van de instituties en de vormen van wenselijke participatie en dat er een sterkere nadruk ligt op *empowerment*, hetgeen verwijst naar het vermogen om zich staande te houden in het economische en sociale verkeer. Meer dan een richting van denken wordt er eigenlijk niet mee

aangeduid. De preadviseurs Hout, Hirsch Ballin en Otto doen pogingen om in de aangeduide richting kwaliteitsmaatstaven te ontwikkelen door domeinvergelijking.

Hout bespreekt de nieuwe institutionele economie (North) die een kritisch oordeel heeft over de veronderstellingen van de neoklassieke visie op de markt, zoals volledige informatie, rationeel handelende marktpartijen en kosteloosheid van transacties. In werkelijkheid is hieraan zelden voldaan; vooral de transactiekosten zijn soms hoog. Instituties zijn volgens deze economische theorie vooral nodig om de kosten van informatieverwerving die voor transacties nodig zijn, te verminderen. Het gaat dan om eigendomsrechten en om een rechtssysteem dat eigendomsrechten effectief beschermt. North stelt dat voor een economische groei die zich over een lange termijn voortzet de *Rule of Law* nodig is en bescherming van burgerlijke en politieke vrijheden. Hout wijst erop dat North niet denkt dat zulke instituties die in het Westen ontstonden gedurende vele eeuwen en in interactie met de opkomst van het marktsysteem, ook in ontwikkelingslanden eenvoudig zijn te realiseren. Hij verwijst in verband daarmee naar onderzoek van de politicoloog Putnam over de noodzaak van een sterke *civil society* met ruilrelaties op basis van gegeneraliseerde reciprociteit (dwz. in de verwachting dat een bepaalde dienst niet direct maar in de toekomst tot een evenredige wederdienst zal leiden). Terwijl Hout (2001: 40-42) constateert dat dit sceptische conclusies zijn ten aanzien van de kans good governance door een samengaan van economische, juridische en politieke criteria te verwezenlijken, is ook duidelijk dat de nieuwe institutionele economie een aspect van de instituties van de democratische rechtsstaat uitvergroot waar de juristen weinig oog voor hebben: namelijk hun bijdrage aan de vermindering van transactiekosten (zie ook onder punt 3).

Hirsch Ballin probeert minimumeisen voor redelijk aanvaardbare regeringsstelsels die door de politieke filosofen Rawls en Sen worden verwoord, te vertalen tot een lijst van criteria voor goed bestuur. Rawls *constitutional democratic polity* omvat een eerlijke grondslag voor het samenleven van mensen op voet van gelijkheid, verdraagzaamheid en aanvaarding van besluitvorming bij meerderheid. Deze criteria zijn zo ruim geformuleerd dat ze niet per se bij de instituties van de westerse democratie hoeven uit te komen, maar invullingen toelaten vanuit andere tradities. Sen stelt de verschillende dimensies van de vrijheid centraal die aan mensen onder een goed regiem ten deel zullen vallen: *political freedoms, economic facilities, social opportunities, transparency guarantees, protective security*. Hirsch Ballin verwerkt dit alles tot de volgende lijst van criteria in de vorm van vijf vragen:

- Zijn de staatsorganen die politiek worden aangestuurd, in staat om zich te laten leiden door programmatische kaders, en beveiligd tegen corruptie, nepotisme en cliëntelisme?
- Is de regeermacht gebonden aan een mandaat van de burgers via vrije en geheime verkiezingen?
- Kunnen individuen en groepen op gelijke voet met anderen participeren in

openbare meningsvorming en via deze invloed uitoefenen op publieke besluitvormingsprocessen?
- Zijn de staatsorganen met een rechtsbeschermende of controlerende functie beveiligd tegen ongeoorloofde beïnvloeding van wie dan ook?
- Worden de rechten van de mens geëerbiedigd, respectievelijk worden schendingen daarvan effectief gecorrigeerd? (Hirsch Ballin 2001: 232)

Otto levert in zijn preadvies kritiek op de conceptuele verwarring waarvan volgens hem het Nederlandse beleid inzake goed beleid in ontwikkelingslanden getuigt. Als hij zijn eigen visie uiteenzet, plaatst hij bestuurskundige en juridische maatstaven naast elkaar en benadrukt de grote conceptuele verwantschap. Goed bestuur kenmerkt zich volgens Otto door het bevorderen van de kans dat in een gegeven situatie:
- coherent en op ontwikkeling gericht beleid bestaat,
- dat door een stelsel van overheidsinstellingen wordt gevormd en geïmplementeerd op effectieve, rechtmatige en doelmatige wijze,
- in interactie met de bevolking die hierdoor in haar ontwikkeling wordt bevorderd,
- gesteund door daartoe gunstige elementen in het bestuurssysteem en in de maatschappelijke context.

Als rechtszekerheid voorop wordt gesteld, *komen deels dezelfde elementen terug*, aldus Otto. Dan gaat het om het bevorderen van de kans dat in een gegeven situatie:
- zinvolle, heldere en consistente samenhangende rechtsregels bestaan, die door een stelsel van overheidsinstellingen worden toegepast en nageleefd,
- in interactie met een bevolking die de regels als juist aanvaardt,
- en die in geval van een geschil worden toegepast door een daartoe aangestelde onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke macht om tot een voor partijen rechtvaardige oplossing te komen,
- gesteund door daartoe gunstige elementen in het rechtssysteem en in de maatschappelijke context (Otto 2001: 294).

Door twee in oorsprong verschillende verzamelingen van kwaliteitsmaatstaven zo op te schrijven dat de gemeenschappelijke elementen benadrukt worden, maakt Otto het mogelijk beide sets – de ene gericht op goed bestuur en beleid, de andere op rechtszekerheid en rechtsstatelijkheid – aan te vullen met waardevolle elementen van de andere set die geworteld zijn in inzichten uit een andere wetenschappelijke achtergrond. Zo worden de op de overheidsorganisatie gerichte bestuurskundigen herinnerd aan het belang van effectieve, rechtmatige en doelmatige implementatie van regels, terwijl de op rechtszekerheid gerichte juristen wordt voorgehouden dat kwalitatief hoogwaardige regelgeving en implementatie niet genoeg zijn, maar dat de bevolking de regels ook als juist moet aanvaarden en dat het recht een bijdrage moet leveren aan daadwerkelijke ontwikkeling. Beide benaderingen wordt bovendien dezelfde sociaal-wetenschappelijke spiegel voorgehouden: denk aan de kwaliteit van de interacties met de bevolking, besteed aandacht aan de maatschappelijke context.

5.3 RECHTSPRINCIPES, CONCURRENTIE EN MACHTSMISBRUIK

In de politieke en bestuurlijke praktijk is de tegenstelling tussen de juridische en de economische rationaliteit vaak evident. Zonder die tegenstelling te willen ontkennen of de spanningen die zich in de praktijk tussen economische en juridische argumentaties voordoen te bagatelliseren, kan toch de vraag gesteld worden of tussen deze rationaliteiten ook een wisselwerking mogelijk is die resulteert in economische overwegingen die rechtsstatelijkheidsoverwegingen ondersteunen (en omgekeerd). In een reeks publicaties hebben Bovenberg en Teulings (1999b: 19-136; 2000: 295-329) deze mogelijkheid verkend en daarbij een grote hoeveelheid economische theorie uit diverse richtingen productief gemaakt. Hun complexe redenering zal in het volgende stapsgewijs worden samengevat en toegepast op de vraag hoe economische criteria rechtsstatelijke kwaliteitsmaatstaven ondersteunen.[2]

De tegenstelling tussen recht en economie is een valse tegenstelling. Als juristen zich inzetten voor rechtszekerheid en rechtsgelijkheid en economen voor doelmatigheid, dan is het goed mogelijk de in het geding zijnde waarden te combineren. "Rechtsprincipes bevorderen de doelmatigheid en zijn daarmee van grote economische betekenis." Ook de parlementaire democratie is uit doelmatigheidsoverwegingen een belangrijke verworvenheid. Waarom? Historisch gezien begint de redenering bij het vorstelijk absolutisme van het begin van de moderne tijd. Dit creëerde een *hold upprobleem*: de onderdanen van de machtige vorsten waagden zich niet aan investeringen uit vrees dat deze investeringen door de vorst zouden worden opgeëist. Het geweldsmonopolie – ongedeelde macht die economische onzekerheid voortbrengt – betekent dus een rem op de economische ontwikkeling. Eerst door de eigen rechtsorde van de gilden, later door de instellingen van de rechtsstaat en nog later door de parlementaire democratie, komen institutionele innovaties tot stand die dit *hold upprobleem* verkleinen. Machtsbeperking blijkt economisch lonend te zijn.

Maar ook het regime van de democratische rechtsstaat kent gebreken. Het verkrijgen van informatie over de beheerders van het geweldsmonopolie is kostbaar; parlementsleden moeten ambtenaren grote vrijheid laten om hun eigen agenda te bepalen en kiezers moeten parlementsleden eveneens grote vrijheid van handelen laten. Er is een multidimensionele agenda (veel meer issues en combinaties van voorkeuren dan politieke programma's) hetgeen ook weer de handelingsvrijheid voor ambtenaren en politici vergroot. Een nieuw holdupprobleem ontstaat doordat de parlementaire democratie, die op verkiezingscycli gebaseerd is, zich niet voor langere termijn aan een bepaalde beleidslijn kan binden. Economische onzekerheid en daarmee minder dan optimale investeringsbereidheid keert in nieuwe gedaanten terug.

Er is echter inmiddels wel een belangrijke winst geboekt door de instellingen van de rechtsstaat. Want rechtsgelijkheid, rechtszekerheid en onafhankelijke rechtspraak vormen beperkingen op machtsmisbruik. Rechtsgelijkheid is een belang-

rijke rechtsstatelijke kwaliteitsmaatstaf die economisch betekenis heeft vanwege het tegengaan van *zijtransacties*. Dat wil zeggen: als bij een transactie tussen twee partijen een deel van de opbrengst terecht zou moeten komen bij een derde partij, bestaat het gevaar dat de twee handelende partijen een niet waarneembare zijtransactie afsluiten die het voordeel van de transactie over die partijen deelt en de derde partij in het nadeel laat. Het voorbeeld is een politicus die een subsidie verleent in ruil voor bepaalde gunsten. Dit schaadt de burgers (en dus de doelmatigheid) en wordt voorkomen door rechtsgelijkheid. Rechtszekerheid en rechterlijke onafhankelijkheid zijn rechtsstatelijke kwaliteitsmaatstaven die het holdupprobleem verzachten. Als wetten duidelijkheid verschaffen en doorgaans worden nageleefd en als bij conflicten de rechter uitspraak doet op onafhankelijke en onpartijdige wijze, ontstaat er een gunstig economisch en sociaal investeringsklimaat, want de marktpartijen weten dan waar ze aan toe zijn, ook na het verstrijken van een verkiezingscyclus.

Bovenberg en Teulings zien echter geen volslagen harmonie optreden tussen de economische en de juridische criteria. De betekenis van de juridische maatstaven voor de overheid is dubbelzinnig: macht wordt beperkt die op democratische gronden alleen (vertegenwoordiging) juist onbeperkt (als een wilsuiting) zou moeten zijn. Er is een niet-oplosbare spanning tussen de rechtsstaat die binding geeft en de democratie die flexibiliteit nastreeft. Bovendien hebben ook de juridische kwaliteitsmaatstaven hun beperkingen. Zij kunnen geen conflicten beslechten waarbij *niet-verifieerbare informatie* een rol speelt. Daarbij gaat het om een onmogelijkheid voor een derde partij om de juistheid van de informatie te beoordelen die in het bezit is van twee handelende partijen. Het is een deskundigheidsprobleem. Een rechter kan niet over de vereiste medische kennis beschikken die nodig is om vast te stellen of een bepaalde behandeling werkelijk nodig is of niet; op dezelfde wijze kan de rechter niet de oordelen en beslissingen van een bestuurlijk orgaan met technische expertise geheel 'overdoen'. Waar de macht van de rechter zo inherent beperkt is, ontstaan nieuwe mogelijkheden voor zijtransacties en dus voor machtsmisbruik dat tevens economisch nietdoelmatig is. Oplossingen zijn er ook: werken met algemene beginselen van behoorlijk bestuur en met procedurele normering; er ontstaan vormen van marginale toetsing.

Om dit falen van de 'rechtsprincipes' te keren, kan volgens Bovenberg en Teulings worden teruggegrepen op een zuiver economisch kwaliteitscriterium: concurrentie. Als er maar vele andere handelende partijen zijn, is er in een vrije samenleving een tucht van de markt mogelijk die ook weer machtsbeperkend werkt. Er is zo een wisselwerking tussen juridische en economische rationaliteiten. Daarbij speelt het reputatiemechanisme een zeer belangrijke ordenende rol: om een betrouwbare reputatie te houden, die toekomstige transacties mogelijk maakt, zijn partijen bereid zichzelf allerlei beperkingen op te leggen en af te zien van het voordeel dat zij door zijtransacties in theorie zouden kunnen boeken. Het reputatiemechanisme stemt de overwegingen meer af op de lange termijn. Een voordeel van het reputatiemechanisme is volgens Bovenberg en Teulings

ook nog, dat dit niet-verifieerbare informatie mobiliseert (van de partijen namelijk die aan 'zelfbinding' doen) en flexibel inspelen op gewijzigde omstandigheden mogelijk maakt.

De redenering van Bovenberg en Teulings resulteert in een subtiel pleidooi voor het regelmatig onderzoeken van de empirische werking van gevestigde instituties om te zien of deze wel beantwoorden aan zowel juridische als economische kwaliteitsmaatstaven. De herijking van het machtsevenwicht wordt dus ook van economische zijde gepropageerd. Het rechtsstatelijke beginsel van de dienende overheid kan als brug dienen om economische en juridische overwegingen tot elkaar te brengen. Ordeningsmechanismen van uiteenlopende herkomst kunnen zinvol worden gecombineerd: concurrentie en reputatie (economie), rechtsstatelijkheid (recht), vertegenwoordiging (politiek) en staatsmacht (bestuur). Het perspectief is dat van elkaar wederzijds ondersteunende rationaliteiten, wat iets heel anders is dan een veronderstelde belangenharmonie. Er blijven altijd spanningen tussen de rationaliteiten bestaan die een prikkel zijn voor voortgaand onderzoek van de werking van de ordeningsmechanismen en voor het zoeken naar nieuwe institutionele vormen. Op grond van de wisselwerking tussen economie en recht is er dringend behoefte aan institutioneel ontwerp en aan vergroot leervermogen van functionarissen en organisaties. Zo hebben recht en economie, om maatschappelijk goed te functioneren, ook de rationaliteiten van de sociale wetenschappen nodig.[3]

NOTEN

1 De keuze voor deze voorbeelden is mede ingegeven door de omstandigheid dat de WRR zich recent over beide thema's gebogen heeft.

2 Heel beknopt geven zij zelf hun redenering weer in Bovenberg en Teulings (1999a: 364-367).

3 In deze lijn ook de conclusies van Scott (1998: 309-357).

6 DELIBERATIE EN RECHTSSTATELIJKHEID

6.1 STELLINGNAME

In de laatste twee decennia is in de politieke theorie en de rechtstheorie het belang van deliberatie voor democratische besluitvorming herontdekt. Dit deliberatieve perspectief op democratie brengt een aantal aspecten van democratie voor het voetlicht die enigszins in vergetelheid waren geraakt. Dit hoofdstuk zal deze theorie van deliberatieve democratie bespreken aan de hand van de volgende stelling:

Deliberatieve democratie leidt tot een rijker begrip van wat de rechtsstatelijke eis van democratische legitimatie omvat en kan praktijken suggereren die de ontwikkeling van rechtsstatelijke kwaliteitsmaatstaven ondersteunen.

Tot dusver is het uitgangspunt geweest dat de rechtsstaat geen statisch gegeven is, maar een 'principeel onvoltooide verworvenheid'. De rechtsstaat ontwikkelt zich binnen de context van de democratische gemeenschap die ze tegelijkertijd constitueert. Rechtstaat en democratie staan in een positie van wederzijdse afhankelijkheid – de rechtsstaat stelt de basisregels en randvoorwaarden voor de democratie, terwijl de democratie de rechtsstaat steeds aanpast aan de eisen van de tijd en die aanpassingen steeds legitimeert. Zonder de rechtsstaat is geen democratische gemeenschap mogelijk, maar zonder de actieve betrokkenheid van de democratische gemeenschap verworden rechtsstatelijke principes tot dode dogma's en raakt de rechtsstaat in verval.

Ondanks dit belang van democratie voor de legitimiteit en vitaliteit van de rechtsstaat blijft in de juridische literatuur het democratische aspect van rechtsstatelijkheid meestal beperkt tot de eis van passief en actief kiesrecht. Het lijkt daarmee een Schumpeteriaanse conceptie van democratie te ondersteunen, waarin democratie niet veel meer hoeft te omhelzen dan concurrentie tussen elites om tijdelijk de politieke beslissingsbevoegdheid te verwerven van de kiezers. Zolang wetgeving en overheidsoptreden uiteindelijk teruggevoerd kunnen worden op een beslissing van een direct of indirect gekozen ambtsdrager, is aan de rechtsstatelijke eis van democratische legitimering voldaan. Achter deze minimale eis, gaat echter een democratische praktijk schuil die steeds grotere vragen oproept. De punten van zorg zijn overbekend. De politieke partijen lopen leeg en zijn steeds minder de brede maatschappelijke organisaties die ze zouden moeten zijn om een effectieve schakel te kunnen vormen tussen de opinies van de achterban en het beleid van de politieke leiders. Het gebruik van regeerakkoorden, gehandhaafd met strakke partijdiscipline, heeft stabiliteit gebracht in coalitieregeringen, maar ook de volksvertegenwoordiging gekneveld in een innige verstrengeling met het instituut dat ze geacht wordt te controleren, de uitvoerende macht. Was de groei van de sociale rechtsstaat in het begin van de 20e eeuw al gepaard gegaan met een forse delegatie van bevoegdheden aan de uitvoerende macht om deze de complexe taken van de welvaartstaat adequaat te kunnen laten

uitvoeren, dan heeft de voortschrijdende Europese integratie deze autonomisering van het bestuur nog een extra impuls gegeven. Wat ministers in de Raad van de EU afspreken, kan nauwelijks democratisch worden gecontroleerd door het Europees Parlement. Hoewel deze Europese afspraken vervolgens grote invloed hebben op de nationale wet- en regelgeving, kunnen ze in de praktijk ook door de nationale parlementen amper meer ter discussie worden gesteld. Het veelbesproken 'democratische deficiet' van Europa is een probleem dat zich nadrukkelijk ook op het niveau van de lidstaten laat gelden.

In deze ontwikkelingen zijn de contouren zichtbaar van wat Herman van Gunsteren heeft omschreven als "de zachte tirannie van een regering van schoolmeesters die weten wat goed voor je is", een weldadige tirannie die zich tegenwoordig niet alleen openbaart in technocratie en bureaucratie, maar ook in de consensus van internationale politieke elites in supranationale organisaties als de Europese Unie (1999: 8). Een minimale, Schumpeteriaanse conceptie van democratie leent zich daar uitstekend voor. Het is een democratiemodel toegesneden op een overheid die als soevereine, centrale macht met wettelijke bevelen de maatschappij aanstuurt, en dat tegenwoordig steeds meer doet in samenspraak met de overheden van andere landen. De kiezers bepalen in dat model weliswaar wie aan het roer van het schip van staat mag staan, maar gedurende de reis geldt de scheepshiërarchie en bepalen de roergangers de koers, al dan niet in gecoördineerde vlootbewegingen met andere schepen van staat.

Dit Schumpeteriaanse democratiemodel voldoet echter steeds minder. De huidige informatie- of netwerkmaatschappij is eenvoudig te complex en te onvoorspelbaar om nog door een politieke elite vanuit het centrum te worden aangestuurd (zie hierover Hoofdstuk 2). Daarnaast zijn de lijdzame, gepacificeerde Nederlandse burgers die Arend Lijphart in de jaren zestig nog kon beschrijven (1968), inmiddels mondig, of zelfs lastig, geworden. Deze burgers laten zich niet meer zomaar de wet voorschrijven, maar moeten eerst van de zin en noodzaak van overheidsregels worden overtuigd voordat zij zich eraan onderwerpen. Beleid en wetgeving waarvoor weinig draagvlak bestaat in de samenleving, komt daardoor moeilijk van de grond. Dit maakt het leven van politici en bestuurders er allemaal niet gemakkelijker op. Niettemin zijn deze ontwikkelingen eerder een zegen dan een vloek. Als men democratie beschouwt als een politiek systeem dat er ooit mede op was gericht de velen op te voeden tot zelfstandige en zelfredzame burgers, dan zijn de opbloei van een autonome maatschappelijke sfeer en de emancipatie van de burger eerder de verwezenlijking van een historische opdracht dan de grondstof voor een crisisanalyse.
Niettemin nodigen de gewijzigde omstandigheden wel uit tot een bespiegeling over de democratie. Als het politieke landschap drastisch is veranderd, dan ligt het in de rede om te kijken of de democratie vanuit het rechtsstatelijke oogpunt van democratische legitimatie niet kan worden verbeterd; of er geen alternatieven zijn die de burgers en hun meningen serieuzer nemen. Een veelbelovend perspectief is hier dat van de *deliberatieve democratie.* Deliberatieve democratie vestigt de aandacht op het belang van publieke beraadslaging voor de legitimiteit

van democratische besluitvorming. Voor deliberatieve democraten vloeit de aanvaardbaarheid van democratische besluitvorming niet puur voort uit een directe, of afgeleide, numerieke meerderheid die een besluit ondersteund, maar vooral ook uit de kwaliteit van het debat dat tot het besluit heeft geleid. In een veel geciteerde passage van John Dewey (1927: 207-208), een uitgesproken voorstander van deliberatie, wordt dit idee van deliberatieve democratie aldus bondig verwoord:

"(W)hat is more significant is that counting of heads compels prior recourse to methods of discussion, consultation and persuasion, while the essence of appeal to force is to cut short resort to such methods. Majority rule, just as majority rule, is as foolish as its critics charge it with being. But it never is merely majority rule. (...) The means by which a majority comes to be a majority is the more important thing: antecedent debates, modification of views to meet the opinions of minorities, the relative satisfaction given the latter by the fact that it has had a chance and that next time it may be succesful in becoming a majority."

Deze verschuiving van de aandacht van het meerderheidsprincipe naar de omstandigheden waaronder een meerderheidsstandpunt gestalte krijgt, haalt de kwalitatieve, dialogische aspecten van het democratische besluitvormingsproces naar de voorgrond. Centraal staat niet langer dat een meerderheid haar machtswoord uitspreekt, maar dat over besluiten publiek wordt gedebateerd; dat gekozen politici en burgers elkaar redenen geven voor de ingenomen standpunten; dat voorstellen worden geconfronteerd met alternatieve gezichtspunten, kritiek, tegenargumenten en nog niet beschouwde feiten; dat, kortom, besluiten worden genomen in een context van open debat gericht op de vaststelling van wat, alles beschouwd, het algemeen belang het best zou dienen.

Deze nadruk op het belang van publiek debat verraadt een andere opvatting over democratie en burgerschap dan uit het Schumpeteriaanse model naar voren komt. Het roept veeleer het beeld op van de autonome burger uit de republikeinse traditie die zijn vrijheid vorm geeft door zichzelf, in samenspraak met anderen, de wet te stellen. Publiek debat veronderstelt immers op zijn minst dat burgers in staat zijn om zelf beleid en wetgeving op waarde te schatten. Anders zou een debat overbodig zijn. De overheid zou in dat geval haar optreden niet hoeven rechtvaardigen in een open debat, maar zich kunnen beperken tot voorlichting en educatie over de genomen maatregelen. Dat is niet een beeld van democratisch bestuur dat deliberatieve democraten zouden willen hooghouden. Volgens deliberatieve democraten zijn de burgers en hun bestuurders het aan elkaar verplicht om elkaar als gelijken te woord te staan en om elkaar met redelijke standpunten tegemoet te treden. Deze reciprociteit tussen burgers en hun vertegenwoordigers raakt volgens Amy Gutman (1987: xii) zelfs de kern van deliberatieve democratie:

"A guiding principle of deliberative democracy is reciprocity among free and equal individuals: citizens and their accountable representatives owe one another justifications for the laws that collectively bind them. A democracy is deliberative to the extent that citizens and their accountable representatives offer one another morally defensible reasons for mutually binding laws in an ongoing process of mutual justification. To the extent that a demo-

cracy is not deliberative, it treats people as objects of legislation, as passive subjects to be ruled, rather than as citizens who take part in governance by accepting or rejecting the reasons they and their accountable representatives offer for the laws and policies that mutually bind them."

Het republikeinse ideaal van non-dominantie klinkt duidelijk door in deze passage van Gutman. Als de overheid de burgers als serieuze gesprekspartners benadert, dan betekent dat meer dan alleen een procedure om de effectiviteit en acceptatiegraad van beleid te verhogen. Het betekent ook dat mensen niet langer als onderdanen of, eufemistischer, normaddressaten worden beschouwd, maar als vrije en autonome burgers die een bijdrage te leveren hebben aan de regels die hen binden.

6.2 DELIBERATIEVE DEMOCRATIE NADER TOEGELICHT

Als de term deliberatieve democratie het beeld oproept van de Atheense polis zoals die door Pericles is geprezen in zijn befaamde grafrede, het beeld van burgers op de agora bijeen om over zaken van publiek belang te delibereren, dan is dat een associatie die misschien meer tot verwarring dan verheldering aanleiding geeft. Voorstanders van deliberatieve democratie zijn over het algemeen geen voorstanders van directe democratie, noch geloven ze als de oude Grieken dat de mens alleen in een actief politiek leven zijn ware levensvervulling kan vinden. Toch is de associatie niet helemaal uit de lucht gegrepen. Wat deliberatieve democratie gemeen heeft met het antieke ideaal van democratisch zelfbestuur geldt vooral de aard van de democratische beraadslagingen, het idee van *openbaar* debat tussen *politieke gelijken* gericht op het bereiken van een besluit dat het *algemeen belang* het best dient.

In een omvattende definitie die Jon Elster van deliberatieve democratie heeft gegeven worden deze elementen in algemenere termen vervat. Volgens Elster (1998: 8) gaat het bij deliberatieve democratie zowel om (1) "collective decision-making with the participation of all who will be affected by the decision or their representatives", als om (2) "decisionmaking by means of arguments offered *by* and *to* participants who are committed to the values of rationality and impartiality." Het eerste deel van de definitie omvat vooral het democratische aspect: alle betrokken partijen of hun vertegenwoordigers mogen als gelijken meepraten over de besluiten die hen raken. Het tweede deel van de definitie raakt vooral het deliberatieve aspect: het gaat om een debat gericht op zowel onpartijdigheid als rationaliteit.

Wat het belang is van dit idee van deliberatie wordt misschien duidelijker als het wordt afgezet tegen twee andere besluitvormingsmechanismen die Elster onderscheidt: stemmen en onderhandelen (1998: 5-7). Bij pure deliberatie gaat het om het bereiken van overeenstemming op basis van argumenten. Het is de manier waarop wetenschappers idealiter tot een vergelijk komen bij de vaststelling van wetenschappelijke waarheid. In een open debat geven de beste argumenten de doorslag ongeacht de positie van de deelnemers. De deelnemers zijn daarbij

bereid hun ideeën bij te stellen naar aanleiding van de gehoorde argumenten en aangevoerde bewijzen, totdat een voorlopige consensus is bereikt over welke theorie de werkelijkheid het best beschrijft. Dat is wat deliberatie onderscheidt van puur stemmen en puur onderhandelen. Bij puur stemmen is een uitwisseling van standpunten en het geven van redenen overbodig. De voorkeuren van de betrokkenen worden als uitgangspunt genomen en de besluitvorming beperkt zich tot het kenbaar maken van die voorkeuren in een stemming. Niet het gewicht van de argumenten, maar het gewicht van de vaak ondoordachte en onberedeneerde initiële voorkeuren geeft de doorslag. Bij pure onderhandeling gaat het vooral om het spel van bod en tegenbod. Het is de besluitvormingsprocedure van de markt. Marktpartijen proberen elkaar niet te overtuigen, maar nemen elkaars bestaande voorkeuren als uitgangspunt om tot een vergelijk te komen dat voor beide voordelig zal moeten zijn om kans van slagen te hebben.

In deze pure vormen komen deliberatie, stemmen, en onderhandelen in de werkelijke wereld natuurlijk niet vaak voor. Deliberatie tot een overeenkomst is bereikt is meestal onmogelijk vanwege de tijdsbeperkingen. Op een gegeven moment zal een beslissing moeten worden genomen en zullen de gesprekspartners door middel van een onderhandeld besluit of een stemming het debat beëindigen. Andersom zijn onderhandeling en stemming niet goed voorstelbaar zonder een element van deliberatie. Als vakbonden en werkgevers onderhandelen over de lonen, dan zal dat meestal ook tot deliberatie aanleiding geven over de gezondheid van een bedrijf, de productiviteit, de economische perspectieven, en zelfs de macro-economische effecten. Ook stemmingen zonder enige vorm van deliberatie zijn zeldzaam. Bij een stemming zal eerst in een debat duidelijk moeten worden wat eigenlijk de keuzemogelijkheden zijn waarop gestemd kan worden. Met deliberatie is het dus niet als met zwangerschappen: democratische procedures kunnen in meerdere of mindere mate deliberatief zijn en in meerdere of mindere mate met vormen van onderhandeling en stemming worden aangevuld. Ook is deliberatie niet gebonden aan een bepaalde instelling. Het kan worden bevorderd in de volksvertegenwoordiging, op inspraakavonden, in rechtspraak, in de relaties tussen burgers en maatschappelijke instanties, op het internet en in de massamedia.

Wat volgens voorstanders deliberatie op de aspecten van onderhandeling en stemmen voor heeft, laat zich in een aantal punten samenvatten. Ten eerste brengt deliberatie private informatie aan het licht: de beweegredenen van deelnemers aan het debat, de gevoelde noden en wensen, en de manier waarop de besproken kwestie wordt bezien vanuit de situatie van andere gesprekspartners. Dat is informatie die technocratische expertise niet kan bieden en die aan belang wint naarmate de maatschappelijke werkelijkheid complexer en onvoorspelbaarder wordt. Deliberatieve democraten gaan er dan ook vanuit dat iedereen wel iets bij te dragen heeft aan het debat en dat het bereiken van de beste oplossing niet een onderonsje tussen deskundigen veronderstelt. “The man who wears the shoe knows best that it pinches and where it pinches”, stelde John Dewey, “even if the expert shoemaker is the best judge of how the trouble is to be remedied.”

Deliberatie is er onder andere op gericht te achterhalen waar de schoen wringt. De waardevolle specialistische kennis van deskundigen verwordt, als ze niet wordt geconfronteerd met de wensen van gewone burgers, tot de private kennis van een besloten groep. "And private knowledge", waarschuwde Dewey (1927: 207): "in social matters is not knowledge at all."

Ten tweede kan deliberatie de gevolgen van begrensde rationaliteit verminderen. Mensen zijn beperkte wezens. Een procedure waarin de kennis en de inzichten van velen op elkaar betrokken worden, levert betere resultaten op dan een procedure waarin een enkeling, hoe wijs ook, beslist. Jeremy Waldron (1999a: 106) vat dit idee als volgt samen:

"[D]eliberation among the many is a way of bringing citizen's ethical views and insights – such as they are – to bear on the views and insights of each of the others, so that they cast light on each other, providing a basis for reciprocal questioning and criticism and enabling a view to emerge which is better than any of the inputs and much more than a mere aggregation or function of those inputs."

Met andere woorden, uit een open debat waarin standpunten elkaar kunnen aanvullen, of juist elkaars tekortkomingen bloot kunnen leggen, volgen betere besluiten.

Dit idee neigt naar een fallibilistische procedure voor standpuntbepaling. Onhoudbare ideeën, zo is de verwachting, zullen in een open debat het onderspit delven en alleen de steekhoudende standpunten zullen het kruisvuur van bezwaren en tegenargumenten kunnen overleven en uiteindelijk de basis kunnen vormen voor de te nemen beslissing. In *On Liberty*, de klassieke tekst voor dit idee, stelt John Stuart Mill (1974: 81) het bondig zo: "The beliefs which we have most warrant for have no safeguard to rest on but a standing invitation to the whole world to prove them unfounded." Dit veronderstelt tegenspraak en een gezonde diversiteit aan botsende standpunten, iets waar Mill (1974: 99) inderdaad een warm voorstander van was. Zelfs zozeer dat hij voorstelde tegenstandpunten te construeren als een idee door niemand publiekelijk werd bestreden. Er zijn goede redenen om Mills pleidooi voor tegenspraak serieus te nemen. Deliberatie tussen alleen gelijkgestemden blijkt uit onderzoek vaak een tegengesteld effect te sorteren dan door deliberatieve democraten wordt beoogd. Als louter mensen met dezelfde uitgangsposities in debat treden, leidt dit meestal niet tot een evenwichtiger oordeel, maar tot wederzijdse bevestiging van het eigen gelijk, extremere posities, en verharding van standpunten. (Voor een goed overzicht van de wetenschappelijke literatuur over dit effect van groepspolarisatie, zie Sunstein 1999.)

Een derde voordeel van deliberatie is dat het leidt tot resultaten die voor de betrokkenen legitiemer en acceptabeler zijn, omdat ze bij de vaststelling van het besluit betrokken zijn geweest en hun opvattingen gehoord zijn. Dat geldt uiteraard met name, als de standpunten van de betrokkenen in het besluit zijn meegenomen en hebben geleid tot een eindresultaat dat aan hun wensen en bezwaren

tegemoetkomt. Maar zelfs als iemands standpunt uiteindelijk op geen enkele manier van invloed is geweest op de genomen beslissing, dan heeft hij of zij in ieder geval de genoegdoening dat er naar geluisterd is. Wat Mill (1975: 226) opmerkte over de verliezers in het parlementaire debat geldt wellicht algemener, namelijk dat "those whose opinion is overruled, feel satisfied that it is heard, and set aside not by a mere act of will, but for what are thought superior reasons." Het is beter om ongelijk te krijgen, dan helemaal niet serieus te worden genomen.

Ten vierde moedigt deliberatie een ander soort besluitvorming aan dan een van naakte belangenbehartiging. Deliberatie dwingt deelnemers aan het debat om hun voorstellen te vervatten in termen van het groeps- of algemeen belang. Als men anderen hoopt te overtuigen van het eigen standpunt zal men zich rekenschap moeten geven van de opinies en belangen van die anderen. Daaraan zal men op zijn minst lippendienst moeten betuigen in een voorstel dat het belang van allen heet te dienen. Als iemand bepleit de belasting op hoge inkomens fors te verlagen, omdat hij of zij zich onder het huidige belastingregime geen zwembad kan veroorloven, dan zal dat voorstel weinig mensen overtuigen. Als die persoon daarentegen verdedigt dat een belastingverlaging voor hoge inkomens de economie stimuleert en daarmee de welvaart van allen verhoogt, dan is dat een suggestie die door medeburgers misschien wel serieus in overweging kan worden genomen. Hoewel bij succes het resultaat voor de betreffende persoon misschien hetzelfde is – een zwembad in de tuin – is er toch iets wezenlijks veranderd. Waar aanvankelijk een particulier belang in een eigen zwembad centraal stond, is dat verschoven naar het algemene belang in een vitale economie en voorspoed voor de gemeenschap als geheel. Deze verschuiving is meer dan een puur cosmetische. De gronden waarop het voorstel in het forum zal worden beoordeeld en later wellicht heroverwogen, zijn van een geheel andere aard. Niet meer een persoonlijke aanspraak op een bepaald goed, maar een bewering over wat het belang van allen het best zou dienen is inzet geworden van de besluitvorming. Men zou kunnen stellen dat deelname aan debat reeds een dergelijk perspectief van algemeenheid veronderstelt. Immers, als een mogelijke overeenstemming over het algemeen belang reeds van aanvang wordt uitgesloten, dan heeft het weinig zin om überhaupt met elkaar te praten.

Dit laatste punt, dat bij deliberatie overeenstemming over wat in het belang van allen is centraal staat, is een onderdeel waarover verschillend gedacht kan worden. Jeremy Waldron (1999a: 151) maakt onderscheid tussen twee alternatieven. "[A]ccepting consensus as the internal telos of deliberation", stelt hij: "is not the same as insisting upon it as the appropriate political outcome". Met andere woorden, een besluitvormingsprocedure kan gericht zijn op het bereiken van een consensus over het algemeen belang, of het kan het bereiken van een consensus over het algemeen belang als voorwaarde stellen voor een acceptabele uitkomst. Het laatste komt neer op een eis van unanimiteit: Alleen dan is een besluit gerechtvaardigd als alle betrokkenen het vrijwillig eens zijn geworden over wat het belang van allen het best zou dienen. Een dergelijke eis van unanimiteit is

een goede waarborg voor de eerbiediging van de normen die deliberatie stelt aan de gesprekspartners – als iedereen vrijwillig met een besluit moet instemmen dan is het geven van onpartijdige, redelijke argumenten die de opinies van alle betrokken respecteren de enige weg. Tegelijkertijd is het ook erg onrealistisch om dergelijke unanimiteit te verlangen. Onoverbrugbare en oprechte verschillen van mening, ook over wat het algemeen belang verlangt, zijn een gegeven in pluralistische moderne samenlevingen. Het is de vraag of het mogelijk of wenselijk is deze verschillen geheel te overstijgen in een consensusbesluit.

Gerichtheid op het algemeen belang lijkt een beter uitgangspunt. Men zou het algemeen belang in dat geval eerder zien als een regulatief ideaal, of nuttige fictie, dan als iets dat werkelijk te realiseren is als mensen maar redelijk zouden zijn en zich niet zouden laten leiden door hun eigenbelang. Wij stellen een dergelijk begrip van het algemeen belang voor. De zoektocht naar het fictieve algemeen belang moet volgens ons vooral worden opgevat als een appèl voor verdere samenwerking, als een onontbeerlijke veronderstelling voor constructief politiek debat. De fictie van het algemeen belang is dan “een nuttige en noodzakelijke fictie, omdat deze op de toekomst gericht is, op voortgezette constructieve samenwerking tussen mensen en groepen met verschillende visies en programma’s” (Witteveen 2000b: 89). Het opgeven van de eis van unanieme overeenstemming over het algemeen belang maakt echter wel dat de deliberatieve normen hun noodzakelijkheid verliezen. Immers, als de beslissing uiteindelijk toch een zaak wordt van stemmen of onderhandelen, dan is de druk om ieder te overtuigen met onpartijdige en redelijke standpunten minder groot en zou men strategisch kunnen inspelen op een goede onderhandelingspositie of een welgevallige meerderheid. Als unanimiteit niet wordt vereist dan wordt deliberatie afhankelijk van disposities en van institutionele prikkels in het besluitvormingsproces. De kwaliteit van de deliberatie hangt in dat geval in hoge mate af van de houding van de deelnemers aan het debat en de institutionele context waarin het debat wordt gevoerd.

6.3 DELIBERATIE EN MACHTENSCHEIDING

De disposities van burgers en ambtsdragers vormen zowel de belangrijkste als de moeilijkst beïnvloedbare randvoorwaarde voor publieke deliberatie. Zonder een politieke cultuur die wordt gekenmerkt door normen als tolerantie voor andersdenkenden, aandacht voor de publieke zaak, verantwoordelijkheid, wederzijds respect, acceptatie van de uitkomst van democratische besluitvormingsprocedures, en bereidheid tot samenwerking, zou geen enkele democratie goed kunnen functioneren, laat staan een deliberatieve. Zoals in de meeste westerse landen is in Nederland een dergelijke democratische politieke cultuur uiteraard reeds stevig verankerd. Deze politieke cultuur zou men zonder veel overdrijving het meest waardevolle kapitaal van de Nederlandse democratie kunnen noemen; kapitaal dat, voor zover dat tot de mogelijkheden van de overheid behoort, zorgvuldig moet worden beheerd. Buiten het onderwijs zou men hier kunnen denken aan het stimuleren van de participatie van burgers in het democratisch over-

leg en het aanmoedigen van deelname in maatschappelijke organisaties; belangrijke leerscholen voor het aanleren en overdragen van de noodzakelijke democratische omgangsvormen.

Deliberatie is echter niet geheel afhankelijk van de disposities van de burgers en hun vertegenwoordigers. Deliberatie kan ook worden bevorderd door het aanbrengen van institutionele prikkels in het besluitvormingsproces. Een van die institutionele prikkels is de scheiding van machten in een trias politica. Meestal wordt machtenscheiding vooral opgevat als een middel om machtsconcentratie te vermijden. Dat is ook zonder meer de belangrijkste reden voor dit rechtsstatelijke principe. Maar machtenscheiding kan ook worden gezien als een instrument om deliberatie aan te wakkeren. Met name de Amerikaanse *Founding Fathers* zagen het als een groot voordeel dat in een systeem van verdeelde verantwoordelijkheden de verschillende machten moesten terugvallen op onderlinge deliberatie om tot gecoördineerd overheidshandelen te komen. Machtenscheiding moest een systeem creëren waarin de verschillende machten vanuit hun specifieke verantwoordelijkheden het overheidsbeleid gezamenlijk vormgaven, om zo te worden gedwongen om hun specifieke institutionele belangen ten overstaan van elkaar publiek te verdedigen.

Vanuit dat perspectief is het goed dat er een zekere onderlinge irritatie bestaat tussen de verschillende machten in de trias politica. De burgers hebben natuurlijk belang bij een efficiënte overheid, maar het is niet de bedoeling dat ze tot een goed geoliede machine wordt omgevormd die vooral zonder interne weerstand op volle toeren kan draaien en voortvarend beleid en wetgeving kan produceren. Toch lijkt dat soms het idee te zijn waarmee de overheid wordt betracht. Zo merkt Van Gunsteren (199: 16) op dat de Nederlandse politiek steeds meer in de richting van consensus is opgeschoven. “In de Europese en globaliserende context”, stelt hij vast, “is de nadruk meer en meer komen te liggen op consensus, op nationale eenheid en afstemming binnen de Nederlandse gelederen, als voorwaarde voor welke vorm van internationaal succes dan ook.”

Een goed voorbeeld hiervan is het al eerder genoemde gebruik van regeerakkoorden. Een regeerakkoord heeft voornamelijk tot doel heikele kwesties die tweedracht kunnen veroorzaken tussen de regering en het parlement en tussen de coalitiepartijen onderling te regelen. Bij voorbaat in een besloten overleg tussen de leiders van de betrokken politieke partijen buiten de publieke fora van de democratie. Het regeerakkoord is ontegenzeggelijk een instrument dat afstemming binnen de gelederen en efficiënt overheidshandelen mogelijk maakt, maar het is fnuikend voor kritisch debat en laat nauwelijks een heroverweging van beleidsvoornemens toe. Dat het belang van het parlement als forum voor deliberatie wordt uitgehold als van tevoren wordt vastgesteld wat de uitkomst van de deliberatie over tal van kwesties ongeveer zal moeten zijn, is evident.

Ook het recente debat over juridisering laat zien hoe ongemakkelijk in de huidige politieke cultuur wordt omgegaan met tweespalt. In het spraakmakende rap-

port *Bestuur in geding* van de werkgroep Van Kemenade (1997) wordt de rechter ten tonele gevoerd als een onwelkome spelbreker in de wereld van daadkrachtig en slagvaardig democratisch bestuur. Met de toetsing van bestuurlijk handelen zou de rechter volgens de werkgroep steeds meer treden in het werkveld van het bestuur. Het beeld dat daarbij herhaaldelijk wordt opgeroepen is dat van de rechter die op de stoel van het bestuur is gaan zitten. De werkgroep komt vervolgens met voorstellen om de rechter weer van die stoel af te krijgen en de moeilijkheden tussen de uitvoerende en de rechtssprekende macht te verminderen door een striktere afbakening van wat nog door de rechter zou mogen worden getoetst. Vanuit het deliberatieve perspectief op machtenscheiding is de metafoor van de stoel echter ongelukkig gekozen. Het suggereert strikt afgebakende, functionele sferen – verschillende stoelen – alleen waarbinnen de verschillende machten legitiem hun taak kunnen uitoefenen. Vanuit het deliberatieve perspectief zitten de drie machten niet op afzonderlijke stoelen, maar dicht tegen elkaar aangeschurkt op een krappe bank, met constante wrijving en onderlinge herpositionering als gevolg. De wederzijdse irritatie tussen de rechterlijke macht en het bestuur is dan niet een probleem dat zo snel mogelijk de wereld moet worden uitgeholpen, maar een gezond conflict tussen twee machten in de bepaling van het dynamisch evenwicht waarin de *trias politica* voorziet. Zorg over de rechtsstaat zou vanuit dat gezichtspunt eerder op zijn plaats zijn als dergelijke onderlinge wrevel volledig zou verdwijnen.

6.4 DELIBERATIE EN DE BESCHAVENDE WERKING VAN OPENBAARHEID

Een tweede aspect dat bevorderlijk is voor publieke deliberatie is openbaarheid. Openbaarheid is natuurlijk vooraleerst van belang om deelnemers aan het democratisch debat van de noodzakelijke informatie te voorzien. Zonder voldoende informatie over wat de overheid doet, of van plan is te doen, is een gedegen debat niet mogelijk en kan overheidsbeleid door burgers niet adequaat worden geëvalueerd. De overheid heeft dan ook de plicht een zo groot mogelijke openheid te betrachten over haar activiteiten.

De eis van openbaarheid kan daarnaast ook een gunstige uitwerking hebben op de aard van de beraadslagingen over wet- en regelgeving. Indien vertegenwoordigers en bestuurders worden gedwongen om hun keuzes en daden in het openbaar te verdedigen, dan moet dat noodzakelijk in de taal van het algemeen belang. Duidelijke en openlijke belangenbehartiging doet het nu eenmaal slecht in een publiek pleidooi voor een bepaalde beleidsvoorkeur. Dit maakt dat politici zich publiekelijk moeten vastleggen op een altruïstisch standpunt. Ook als dat standpunt volledig is ingegeven door eigenbelang, zal de politicus later de schijn van hypocrisie willen vermijden en dissonantie tussen het ingenomen standpunt en later handelen willen minimaliseren. De politicus zal zich dan ten dele moeten schikken naar het verheven standpunt dat hij eerder publiekelijk heeft ingenomen. Bovendien bestaat de mogelijkheid dat ambtenaren of rechters het geveinsde altruïsme van de politicus later serieus zullen nemen en het ook echt in beleid en rechtsspraak zullen vormgeven.

Deze beschavende werking van openbaarheid geldt niet alleen voor de overheid, maar kan ook toegepast worden op de relaties die burgers onderhouden met machtige maatschappelijke instellingen en bedrijven. De webcamera in de varkensstal, de openbaarheid van milieurapportages en het publiek maken van de bezoldiging van topmanagers zijn voorbeelden van de louterende werking van openbaarheid buiten de overheid. Er zijn uiteraard grenzen aan dit middel van openbaarheid. Een samenleving waarin iedereen voortdurend is onderworpen aan de sociale controle van zijn medeburgers is geen aanlokkelijk ideaal, maar een totalitaire nachtmerrie. Niettemin kan openbaarheid een waardevol instrument zijn om sociaal wenselijk gedrag te stimuleren bij bedrijven en instellingen die daartoe moeilijk met wet- en regelgeving zijn te dwingen.

6.5 DELIBERATIE EN HET PUBLIEKE FORUM

Een derde aspect dat deliberatieve besluitvorming stimuleert is een context van levendig publiek debat in de samenleving. Deliberatie veronderstelt een publiek forum waar burgers hun meningen kunnen uiten en van die van anderen kennis kunnen nemen. Deliberatie is gebaat bij een levendig publiek debat waarin diverse standpunten voortdurend met elkaar botsen en wedijveren en zo de grondstof leveren voor de publieke meningsvorming. De overheid heeft hier vanouds een taak. Ze voorziet in publieke parken en pleinen waar mensen hun demonstraties kunnen houden en hun mening aan willekeurige voorbijgangers kunnen opdringen. (Publieke ruimtes die overigens steeds meer uit het stadsbeeld verdwijnen. Zie hierover Sennett 1974 en Hajer 1994.) Ze voorziet in publieke radio- en televisiekanalen waarop nog steeds een breed scala aan levensbeschouwelijke en culturele organisaties hun ideeën kunnen uitdragen – een instituut dat wellicht meer waardering verdient dan het doorgaans krijgt. Men zou deze taak vanuit deliberatief oogpunt wellicht de *forumplicht* van de overheid kunnen noemen. De overheid heeft de plicht om de voorwaarden te scheppen waaronder een grote diversiteit aan standpunten gehoord kan worden.

De vraag die dit onmiddelijk opwerpt is of deze forumplicht nog wel enige inzet van de overheid verlangt in het informatietijdperk? Het internet voorziet in een schier onbeperkt aanbod aan informatie, en vele laagdrempelige mogelijkheden om opvattingen kenbaar te maken en met anderen in debat te treden. De markt voorziet in een uitgebreide keuze aan commerciële radio- en televisiestations. De oude dag- en weekbladen hebben deze nieuwe ontwikkelingen vooralsnog overleefd en bieden nog volop informatie, discussie en opinie. Is er onder deze omstandigheden van overvloed nog wel een taak voor de overheid?

Vast staat dat de overheid grote terughoudendheid past waar het gaat om de autonome media. Als nieuwsgaring, informatievoorziening en meningsvorming zich grotendeels onttrekken aan de invloed van de overheid, dan is dat een goede zaak. Toch is het niet zo dat overheidsingrijpen per definitie ten koste gaat van vrije meningsuiting. Vrije marktwerking kan nadelige gevolgen hebben voor de

diversiteit aan standpunten die in de media aan bod komen, en overheidsbemoeienis om dergelijke vernauwing tegen te gaan is dan eerder een voor- dan een nadeel.

Met name de Amerikaanse rechtsgeleerde Cass Sunstein heeft veel geschreven over het probleem van vrije meningsuiting vanuit deliberatief democratisch oogpunt, zowel met betrekking tot de massamedia, als tot het internet. Wat Sunstein zorgen baart is het idee dat vrijheid van meningsuiting volledig zeker kan worden gesteld met een vrije markt van ideeën, met een volledig marktgestuurd aanbod aan informatie. De burgers maken volgens dat model zelf de keuze waar ze naar willen luisteren, wat ze willen zien en wat ze willen lezen, en de media laten zich daardoor leiden door programma's te maken die aan die vraag beantwoorden. De consumenten stemmen als het ware democratisch met hun kijk-, luister- en koopgedrag voor datgene wat ze willen zien of horen.

De markt is volgens Sunstein echter niet gelijk te stellen met een democratisch forum, en de soevereine consument niet met een vrije burger. De mediamarkt is niet representatief, omdat hij uiteindelijk wordt bekostigd door adverteerders die hun waar willen verkopen. In de democratie zijn de armlastige bijstandsmoeder en de koopkrachtige, jonge zakenvrouw volledig gelijk. Hun stem telt even zwaar. Maar in de markt zijn deze zelfde mensen helemaal niet gelijk. De koopkrachtige, jonge zakenvrouw is belangrijker, heeft geld te besteden, is lid van een doelgroep. De kans dat commerciële media programma's maken die aansluiten bij de belevingswereld van de bijstandsmoeder is dan ook tamelijk gering, en de kans dat ze programma's maken die inspelen op de interesses van de jonge zakenvrouw vrij groot. Dit leidt tot een selectief aanbod dat niet noodzakelijk overeenstemt met de belangstelling van het publiek. Daarnaast leidt een vrije informatiemarkt, volgens Sunstein, tot uitsluiting van boodschappen die mensen eigenlijk liever niet zouden willen horen. Standpunten die mensen saai, onaangenaam, of verwerpelijk vinden. Toch is het vanuit het oogpunt van deliberatieve democratie belangrijk dat burgers zo nu en dan ook met dergelijke boodschappen worden geconfronteerd, hoe vluchtig en incidenteel ook. Een forum zonder tegengeluiden, een forum waarin alleen dat wordt gezegd wat mensen graag horen, is een forum dat niet goed functioneert.

Gebrek aan stuitende en onaangename informatie is niet een probleem waar het internet mee te kampen heeft. Vreemd genoeg heeft dat volgens Sunstein dezelfde oorzaak als de zojuist genoemde uniformiteit van de commerciële massamedia – consumentensoevereiniteit. Waar algemene media een breed, koopkrachtig publiek willen aanspreken en tenderen naar de grootste gemene deler, daar wordt het internet gekenmerkt door een overvloed aan aanbod dat zich richt op soms hele specifieke 'niches' in de markt. Consumentensoevereiniteit heeft hier het effect dat internetgebruikers het informatieaanbod filteren en naar believen kunnen beperken tot alleen die specifieke boodschappen die ze graag willen horen. Dit kan leiden tot fragmentisering van het publieke forum waardoor er steeds minder gemeenschappelijke thema's zijn; tot radicalisering van standpunten

omdat mensen alleen nog echo's van hun eigen ideeën horen en nauwelijks met tegenspraak worden geconfronteerd; en tot zogenoemde *cybercascades*, ongegronde geruchten die zich razendsnel over het internet verspreiden simpelweg omdat ze door niemand krachtig worden tegengesproken (Sunstein 2001: 51-88). Als de traditionele massamedia in de toekomst meer met het internet integreren zal dit probleem zich uitbreiden. Dezelfde filtering zal dan ook voor televisie- en radioprogramma's mogelijk worden. (Voor de krant bestaat deze mogelijkheid reeds. De *Daily Me* zoals Sunstein hem omschrijft: een persoonlijk elektronisch dagblad waarin alleen artikelen voorkomen over voorgeselecteerde thema's.)

Sunstein denkt terecht niet aan wettelijke maatregelen om de bovengenoemde problemen te verhelpen. Covenanten en zelfregulering liggen meer voor de hand. Websites met een politieke strekking zou bijvoorbeeld kunnen worden gevraagd om *links* en *hyperlinks* aan te brengen naar websites die tegengestelde standpunten uitdragen, en zendgemachtigden zou verzocht kunnen worden om een zekere mate van diversiteit in stand te houden. De overheid zou ook zelf de mogelijkheid kunnen scheppen voor een forum op het internet, bijvoorbeeld naar het model van de 'deliberative opinion poll' van Fishkin.

6.6 DELIBERATIVE OPINION POLLS

De analyse heeft zich tot nu toe met name gericht op het nationale niveau van de politiek. De grootste belofte van deliberatieve democratie ligt echter bij wat Gutmann en Thompson (1996:12-3) omschrijven als "middle democracy": de vele inspraak- en overlegsituaties waar burgers en ambtsdragers elkaar ontmoeten om collectieve besluiten te nemen. Ook de politicoloog Maarten Hajer ziet hier een grote toekomst voor vormen van deliberatieve democratie. Hajer (2000: 14) constateert dat wat hij de 'territoriale synchronie', noemt – het netjes samenvallen van culturele verbondenheid, sociaal-economische processen, en politieke instellingen binnen hetzelfde afgebakende bereik – in de huidige omstandigheden niet langer voor lief kan worden genomen. Problemen en hun oplossingen onttrekken zich steeds meer aan de territoriale schaal van politieke en bestuurlijke instituties. De politiek en het bestuur zitten volgens hem dan ook "dringend verlegen om nieuwe praktijken die, in een andere maatschappelijke situatie, met een radicaal veranderde bevolkingssamenstelling en grillige patronen van sociaal-culturele voorkeur, in staat zijn om de gedeelde identificatie met het bestuurlijk handelen in bredere kring tot stand te brengen." Daarbij gaan zijn gedachten vooral uit naar "nieuwe politiek-bestuurlijke praktijken die zouden kunnen functioneren als nieuwe 'politieke ruimten', waar de deliberatie tussen actoren met sterk uiteenlopende historische en culturele achtergronden op gang wordt gebracht" (Hajer 2000: 25).

Hajer geeft daarmee een puntige analyse van wat het probleem is dat deliberatieve democratie op zou kunnen lossen – de ontkoppeling van politiek-bestuurlijke instituties en hun traditionele territoriale en sociaal-culturele bereik – maar hij blijft erg vaag over hoe dat precies in zijn werk zou moeten gaan. Hajer lijkt hier

vooral te vertrouwen op de mogelijkheid dat een beleidsvoornemen spontaan een gemeenschap van betrokkenen in het leven zal roepen, die vervolgens in een zelf ontwikkeld discours met de bestuursinstelling in debat zal treden. Het probleem is niet dat dit nooit zal gebeuren – Hajer geeft er enkele sprekende voorbeelden van, – maar dat het erg veel overlaat aan het toeval. Bovendien bevat Hajers pleidooi voor losse, ongestructureerde deliberatie in de beleidspraktijk nauwelijks waarborgen voor een eerlijk proces van deliberatieve besluitvorming.

De Amerikaanse politicoloog James Fishkin heeft een instrument ontworpen dat wellicht een beter alternatief is om de nieuwe politiek-bestuurlijke praktijken waartoe Hajer oproept, vorm te geven – de zogenoemde 'deliberative opinion poll' (1991). Deze deliberative opinion poll combineert de techniek van publiek opinieonderzoek met het idee van deliberatie. Er wordt voor de deliberative opinion poll een representatieve *sample* van de bevolking samengesteld, die om hun mening over een bepaald onderwerp wordt gevraagd, maar pas nadat ze gedurende enige dagen door verschillende deskundigen en woordvoerders van politieke partijen over dat onderwerp zijn voorgelicht en pas nadat ze over dat onderwerp met elkaar enkele debatten hebben gevoerd onder leiding van professionele *moderators*, zowel in kleine zittingen als in plenaire vergaderingen. Het resultaat is een opinieonderzoek dat overeen zou stemmen met de mening van het gehele electoraat in het hypothetische geval dat ze over een bepaald thema goed geïnformeerd waren geweest en er gezamenlijk uitgebreid over hadden gedebatteerd. De deliberative opinion poll stelt als het ware een representatieve samenleving in het klein samen die wél op een marktplein past en die wel intensieve deliberatie toestaat. De eerste experimenten met deliberative opinion polls hebben aangetoond dat er grote verschuivingen in de meningen van deelnemers plaatsvinden, als ze eenmaal over een thema worden geïnformeerd en er enige tijd over kunnen debatteren. Het resultaat van een dergelijke deliberative opinion poll is dan ook in geen geval descriptief, maar prescriptief. Het beveelt een onderzoeksresultaat aan als de waarschijnlijke mening van het electoraat indien het gezamenlijk tot een goed ge?nformeerd en weloverwogen standpunt was gekomen.

Deze *deliberative opinion poll* biedt belangrijke voordelen. Voorzover deliberatieve praktijken zijn gestoeld op zelfselectie van de deelnemers, zoals bij de spontane deliberatieve gemeenschappen van Hajer, maar ook bij veel bestaande vormen van inspraak, leidt dat tot onrepresentatieve fora van burgers en tot problemen met het principe van politieke gelijkheid. Fishkins idee van een representatieve *sample* van burgers die door middel van deliberatie tot een oordeel komen zou daarvoor een oplossing kunnen zijn. Niet alleen de twistzieke en geïnformeerde, maar ook de apathische en de verlegen burgers zouden daarin worden gehoord. Fishkins model biedt daarnaast het voordeel dat de deliberatie in een gestructureerde omgeving plaats vindt, zodat een evenwichtig aanbod van informatie van politieke woordvoerders en onafhankelijke deskundigen kan worden geboden en ook de timide en onzekere deelnemers een kans krijgen om hun stem te laten horen in het debat. Nadeel van de deliberative opinion poll is dat slechts een klei-

ne groep van burgers de kans krijgt om werkelijk aan de deliberatie deel te nemen. Om de gevoerde deliberatie toch breder onder de aandacht te brengen, heeft Fishkin er bij zijn eerste toepassingen dan ook voor gekozen om zijn *deliberative opinion polls* op de televisie uit te zenden.

De *deliberative opinion poll* is in eerste aanzet bedacht als aanvulling op de nationale politiek. De eerste experimenten met deliberative opinion polls in de Verenigde Staten, Groot-Brittannië, Denemarken, en Australië hadden dan ook vooral betrekking op nationale thema's die speelden rond de verkiezingen. Maar Fishkin heeft bijvoorbeeld ook een deliberative opinion poll georganiseerd over de nutsbedrijven in Houston. *Deliberative opinion polls* zijn in principe op tal van schalen denkbaar. Zo kan men denken aan toepassingen die vormen van lokale inspraak kunnen vervangen, grensoverschrijdende deliberative opinion polls die problemen spelend in de grensstreken, of in Europa tot thema hebben, maar bijvoorbeeld ook functioneel georganiseerde *deliberative opinion polls* voor bepaalde beroepsgroepen in Nederland, of in Europa.

Andere toepassingen van het idee zijn ook denkbaar. Zo heeft James Fishkin samen met Bruce Ackerman het utopischer idee van een *Deliberation Day* geopperd (1999). *Deliberation Day* is een voorstel om een week voor de nationale verkiezingen een nationale vrije dag in te voeren, waarop al het niet-noodzakelijke werk wordt gestaakt. Op die dag zouden de kiezers dan lokaal bijeen moeten komen om met hun medeburgers te delibereren over de twee hoofdthema's van de verkiezingen, zoals die door de politieke partijen in onderling overleg zijn vastgesteld. De deelnemers ontvangen daarvoor een bovenmodale dagvergoeding – Fishkin en Ackerman denken aan ongeveer 150 euro – die geïncasseerd kan worden als ze een week later vervolgens ook echt hun stem uitbrengen. Ter voorbereiding kunnen de partijen hun standpunt over de twee gekozen thema's op de televisie voor het voetlicht brengen en op de dag zelf zouden lokale woordvoerders van de politieke partijen deze ter plaatse moeten verdedigen. Het doel van deze dag is niet om tot een raadgeving te komen van het volk, maar om het niveau van de verkiezingscampagnes te verhogen. Het is dan ook niet cruciaal dat iedereen ook echt aan de dag deelneemt, of dat de deelnemende groep een exacte representatie is van het electoraat als geheel. Het gaat er veel meer om dat een kritische massa deelnemers wordt bereikt die door politieke partijen niet kan worden veronachtzaamd. Als politieke partijen weten dat hun plannen door een substantieel segment van het electoraat uitgebreid besproken zal worden, dan zou dat een veel inhoudelijker campagne moeten opleveren die meer op gedegen argumenten en betrouwbare feiten is gericht dan op imago en slogans. De dag zelf zou, in ieder geval bij de deelnemers, moeten leiden tot een beter geïnformeerd oordeel over de hoofdthema's van de verkiezingen. Een segment van de deelnemers zal zich wellicht zelfs individueel voorbereiden op de dag, omdat ze in debat ten overstaan van hun medeburgers geen raar figuur willen slaan.
Tot slot zou het de politieke partijen dwingen om hun lokale organisaties niet te laten verslonzen, omdat daar de woordvoerders voor de dag van deliberatie vandaan zullen moeten komen die het standpunt van de partij moeten verdedigen.

7 DE KUNST VAN HET AFWEGEN

7.1 STELLINGNAME

Wat zijn de consequenties van de wending naar rechtsstatelijkheid die in voorgaande hoofdstukken is onderzocht? Laten we om te beginnen de stellingen nog eens weergeven, om te zien of hieruit wellicht een patroon naar voren komt.

De democratische rechtsstaatgedachte heeft geen onveranderlijke kern. Het is wel mogelijk door middel van 'gevleugelde woorden' of maximen kernachtige formuleringen te geven die van waarde zijn in een bepaalde context. Er zijn verschillende intellectuele tradities van 'rechtsstatelijkheid' waartussen familieverwantschap bestaat. Die tradities zijn een bron van kracht als nieuwe uitdagingen de gangbare opvattingen, neergeslagen in praktijken en instituties, onder druk zetten. De democratische rechtsstaat is een veelvormige, dubbelzinnige en principieel onvoltooide verworvenheid. Afnemende staatsmacht is geen incidenteel maar een structureel verschijnsel dat in potentie een bedreiging inhoudt van democratische en rechtsstatelijke kwaliteit. Om die kwaliteit te waarborgen en zelfs te versterken is een wending nodig van rechtsstaat naar rechtsstatelijkheid. De veranderingen in de samenleving die de staatsmacht ondermijnen houden ook nieuwe kansen in voor democratisering en rechtsstatelijkheid. Rechtsstatelijkheid en democratisering betekenen een verandering van standpunt: van dat van de staatsorganen naar dat van de burgers. Vanuit het standpunt van de burger kunnen uit de juridische en republikeinse traditie lijsten van kwaliteitsmaatstaven worden afgeleid voor een rechtsstatelijke en democratische vervulling van de drie functies van de trias politica: wetgeving, bestuur en rechtspraak. Zo ontstaat er een omvangrijk netwerk van kwaliteitsmaatstaven. Deze kunnen tot op zekere hoogte ook toegepast worden in de interacties tussen burgers en andere machtige organisaties en actoren dan de overheid: rechtsstatelijkheid als kwaliteitsdimensie van een democratische maatschappij. De rechtsstatelijke kwaliteitsmaatstaven winnen aan kracht als ze ondersteund worden door kwaliteitsmaatstaven die zijn ontwikkeld binnen een andere rationaliteit dan de juridische. Deliberatieve democratie leidt tot een rijker begrip van wat de rechtsstatelijke eis van democratische legitimatie omvat en kan praktijken suggereren die de ontwikkeling van rechtsstatelijke kwaliteitsmaatstaven ondersteunen.

Op basis van deze stellingen is er een conclusie die meteen al te trekken valt. Als burgerschap centraal komt te staan, als deliberatie van grotere betekenis wordt, als er kwaliteitsmaatstaven nodig zijn om de idealen van rechtsstaat en democratie – die voortbouwen op de juridische en de republikeinse tradities – in gewijzigde omstandigheden inhoud te geven, als het domein van rechtsstatelijke kwaliteitsmaatstaven groter wordt dan alleen de relaties tussen de overheidsinstellingen en de burgers, dan betekent dit alles één ding: er moeten mensen zijn die in de praktijk het ambt van burger vervullen en in die rolvervulling met de kwaliteitsmaatstaven kunnen werken. Een *government of measures* is niet genoeg; deze zal gestalte moeten krijgen in een *government of men*.

En dan doemt meteen de vraag op hoe we ons dat praktisch moeten voorstellen. Wat moeten burgers en andere ambtsdragers van de democratische rechtsstaat doen om de wending naar rechtsstatelijkheid tot een succes te maken? De veronderstelling van dit hoofdstuk is dat daarvoor een bepaalde ambachtelijke vaardigheid vereist is die in deliberatieve praktijken tot zijn recht moet komen: de kunst van het afwegen van belangen. Kiezers, volksvertegenwoordigers, bestuurders, rechters: allemaal beoefenen zij van tijd tot tijd deze moeilijke en belangrijke kunst. Zij nemen beredeneerde beslissingen op basis van een vergelijking van niet tot een noemer te herleiden argumentaties (want dat is een wat uitvoeriger omschrijving van de kunst van het afwegen, van een kunst waaraan altijd iets moeilijks kleeft, de aanwezigheid van een dilemma of conflict). Door de wending naar rechtsstatelijkheid is er meer gelegenheid en noodzaak deze kunst te beoefenen, terwijl er tegelijkertijd minder houvast is in regels en routines die de belangenafweging overbodig maken (omdat andere instanties de knopen al na afweging hebben doorgehakt). Maatschappelijke veranderingen zoals individualisering en horizontalisering maken de kunst van het afwegen ook lastiger, omdat het gezag van de afweger minder vanzelfsprekend is en in de afweging zelf gevestigd of bevestigd moet worden. De stellingname van dit hoofdstuk luidt:

De belangrijkste consequentie van de wending naar rechtsstatelijkheid is het toenemende belang van de moeilijke kunst van het afwegen van belangen. Uit de rechtsstatelijke kwaliteitsmaatstaven voor goede wetten, goed bestuur en goede rechtspraak kan een breder toepasbaar beeld worden afgeleid van de kunst van het afwegen. De kwaliteitsmaatstaven en de daaraan ten grondslag liggende tradities blijken niet alleen constructieve criteria te zijn, maar ook kritische maatstaven die aantastingen van de waarden van rechtsstatelijkheid en democratie bespreekbaar maken, als ambtsdragers hun taken niet goed blijken te vervullen. Hoewel in de praktijk de instituties die deze afwegingen verrichten zelden geheel aan het ideaal beantwoorden, zijn de wetgever, de bestuurder en de rechter rolmodellen voor goed burgerschap. Die voorbeeldfunctie heeft ook gevolgen voor de onderlinge relaties tussen de drie machten uit de trias politica: de geboden van de leer van het machtsevenwicht winnen aan gewicht ten opzichte van de verboden van de leer van de machtenscheiding.

We zullen onze bespreking van deze stellingen beginnen met enkele praktijkvoorbeelden waaruit blijkt dat de kunst van het afwegen van belangen nodig is én moeilijk.

7.2 BELANGENAFWEGING. GEMEENTELIJKE HERINDELING

In de op consensus gerichte Nederlandse polderpolitiek zijn er weinig kwesties die zoveel controverse en zoveel emotionele betrokkenheid te zien geven als omstreden gemeentelijke herindelingen. Wat op papier een koele bestuurlijke en bestuurskundige afweging is, waarin argumenten pro en contra een bepaalde herindeling empirisch onderbouwd worden en met elkaar geconfronteerd in een door de wetgever vastgelegde formele procedure die waarborgen verschaft aan alle betrokken partijen, is in de praktijk een moeizame strijd die zich van forum naar forum verplaatst. Bij elke ronde komen dezelfde argumenten naar voren. Van een open dialoog is geen sprake, tegenstellingen verkeren in patstellingen. Uiteindelijk wordt in de Eerste Kamer (die nooit een politieker orgaan is dan in deze aangelegenheden) de laatste knoop doorgehakt door het tellen der stemmen. Voor bewindslieden en volksvertegenwoordigers die over herindelingen delibereren, is dit een frustrerende aangelegenheid. In het senaatsdebat over de herindeling van Den Haag en omgeving, verwoordt senator Terlouw (D66) het probleem helder:

"Er is in de schriftelijke gedachtewisseling een stoet argumenten en overwegingen langsgekomen en ook vandaag hebben de sprekers voor mij weer helder alle dilemma's op tafel gelegd. Essentieel aan het politieke debat is dat die argumenten en overwegingen nooit dezelfde dimensie hebben. 'Dit is niet te vergelijken', is nu echt van toepassing, al wordt die uitdrukking meestal gebruikt voor dingen die wel kunnen worden vergeleken. Wij moeten dus het typisch politieke bedrijf uitoefenen. Dit is niet het wegen, maar het afwegen van dingen van ongelijke dimensie." (Handelingen Eerste Kamer, 9 juli 2001, 36-1642)

Terlouw doelt op het ongrijpbare en semi-intuïtieve karakter van een afwegingsproces: het is niet mogelijk op zuiver rationele wijze elk argument een bepaald vast 'gewicht' toe te kennen zodat objectief kan worden vastgesteld wat 'het zwaarste weegt'; een echte afweging betreft overwegingen met een verschillende dimensie. Afwegingen gaan over appels en peren, niet over fruit. Dat maakt het voor de afweger moeilijk aan te geven waarom een bepaalde overweging nu, zoals dat heet, de doorslag heeft gegeven. Terlouw doet daartoe in het debat wel een poging, maar komt niet verder dan het noemen van een aantal overwegingen die tegen herindeling pleiten, een aantal overwegingen die daarvoor pleiten en de mededeling dat de afweging een 'dilemma' is waar zijn fractie op dat moment in het debat nog mee worstelt. Dat dilemma komt kennelijk voort uit het feit dat D66 niet op voorhand wil kiezen tussen: grootschaligheid of kleinschaligheid, tussen het oplossen van de problemen van de centrumgemeenten en het honoreren van de wensen van de inwoners van de randgemeenten, tussen democratische en bestuurlijke overwegingen, tussen overwegingen die betrekking hebben op economie, op ruimtelijke ordening, op sociale structuur of bestuurskracht. Alle serieuze politieke partijen staan voor deze dilemma's die voortkomen uit het gegeven dat er verschillende rationaliteiten zijn die elkaar soms ondersteunen, maar soms juist niet met elkaar te verenigen zijn. Alleen een ideologische keuze voor een vergaande versimpeling van de modellen waarmee de werkelijkheid wordt tegemoetgetreden, kan voorkomen dat er dilemma's optreden waar-

bij 'afwegingen' moeten worden gemaakt tussen onvergelijkbare grootheden.

Minister van Binnenlandse Zaken De Vries signaleert in ditzelfde herindelingsdebat een ander afwegingsprobleem. Hij constateert dat de politieke partijen het allemaal wel eens zijn over het feit dat Den Haag ernstige problemen heeft die om een oplossing vragen. Maar men wordt het al vijftien jaar niet eens over de wenselijke remedies.

"De bestuurlijke medicijnkast staat ondertussen helemaal vol. De afgelopen vijftien jaar hebben wij heel veel dokters bij het bed gehad, maar helaas hadden al die dokters hun eigen voorkeur voor hun eigen medicijn en elke dokter weigerde mee te werken aan de toepassing van het medicijn dat zijn collega had bedacht. De echte tragiek bij dit alles is dat de toepassing van ieder medicijn misschien wel plausibel is en wellicht kan bijdragen aan de oplossing van de problemen en de gezondheid van Den Haag en de regio, maar dat helaas de medicijnen niet in combinatie kunnen worden toegediend." (Handelingen Eerste Kamer, 10 juli 2001, 39-1655)

En dan bespreekt De Vries een lange lijst van zulke bestuurlijke remedies: grootschalige herindeling, stadsprovincie, agglomeratiegemeenten, vergaande gemeentelijke samenwerkingsverbanden. Over geen van deze 'wondermiddelen' kon men het eens worden. Deliberatie liep uit op het onvermogen om te beslissen. Zo ging veel tijd vruchteloos verloren. De Vries creëert met deze redenering retorisch een opening voor de aanvaarding van zijn eigen voorstel dat in elk geval de verdienste heeft dat het 'beter is dan niets'. Maar dat roept de vraag op of een relatief kleine en pragmatisch beredeneerde ingreep voldoende structureel effect zal hebben om de problemen van Den Haag en de regio aan te kunnen pakken, waarna men weer terug is bij de vraag of alle belangen in het voorstel van de regering wel echt goed zijn afgewogen.

De kunst van het afwegen is moeilijk als elkaar uitsluitende argumentaties elkaar redelijkerwijs ongeveer in evenwicht houden: hoe beredeneerd kan men dan de knoop doorhakken? En hoe lang moet men doorgaan met het zoeken naar nieuwe argumenten, in de hoop een standpunt te vinden dat de dilemma's vermijdbaar maakt? En wat te doen als een consensus niet mogelijk blijkt? Kan er dan meer worden gedaan dan het meerderheidsbeginsel toepassen? Of is er ook dan nog een voor alle betrokkenen zinvolle belangenafweging mogelijk?

7.3 BELANGENAFWEGING. EUTHANASIE

Gemeentelijke herindelingen zijn nog relatief eenvoudige besluitvormingsproblemen in vergelijking met medisch-ethische kwesties, zoals euthanasie. Bij gemeentelijke herindelingen is in elk geval duidelijk wie er geroepen zijn de kunst van het afwegen van belangen te beoefenen: dat zijn volksvertegenwoordigers in diverse gremia en de aan deze volksvertegenwoordigers verantwoording verschuldigde bestuurders. Er is duidelijkheid over de procedure en over de bevoegdheden die alle participanten hebbeb; over onduidelijke kwesties beslist desgewenst de rechter. Als de procedure eenmaal is afgerond, is uitvoering van de beslissing geen groot probleem. De gemeentelijke overheden zelf voeren het

besluit uit op basis van ambtelijke en bestuurlijke loyaliteit. Herindelingen zijn op een gegeven moment onomkeerbare bestuurlijke feiten waar iedereen zich wel op moet instellen, ook burgers die ertegen protesteerden. Ze geven geen aanleiding tot een praktijk van wetshandhaving, wetsinterpretatie en eventueel wetsontduiking en gedoogbeleid. In het geval van de besluitvorming over euthanasie is deze procedurele duidelijkheid aanmerkelijk minder groot, terwijl ook de kring van tot afwegen geroepen personen haast onbegrensd groot te noemen is. De praktijk van de wet is ook een groot en blijvend probleem.[1]

De kring van personen die een belangenafweging moeten uitvoeren is bij euthanasie groot, zo niet onbegrensd. Niet alleen de deelnemers aan het wetgevingsproces moeten een belangenafweging maken en krijgen daarbij te maken met een grote diversiteit aan kwalitatieve dimensies. De wetgeving vestigt een structuur van belangenafwegingen, waarin patiënten, artsen en andere medische hulpverleners, toetsingscommissies, officieren van justitie en rechters allemaal de hun toegekende belangenafwegingen moeten maken. Wanneer is er bijvoorbeeld sprake van 'uitzichtloos en ondraaglijk lijden'? De wetgever komt op grond van een afweging van belangen tot een open formule die door de betrokkenen in de praktijk zelf, in de omstandigheden van het geval moet worden ingevuld, ook al weer met gebruikmaking van een belangenafweging. Er is sprake van een verdubbeling of verveelvoudiging van de belangenafweging en van een door rechterlijk precedentenrecht verder te ontwikkelen normering. Daarvoor is grote belangstelling vanuit de maatschappij: kerken, actiegroepen, media; in binnen- en buitenland. Zij hoeven als indirect betrokken partijen geen belangen af te wegen, maar hebben een visie te ontvouwen of ontwikkelingen te verslaan. Hun blijvende belangstelling zet de belangenafweging door directer betrokkenen sterk onder druk.

De procedure is onoverzichtelijker en zonder eindpunt. Elke behandeling van een wetsvoorstel in de officiële gremia leidt tot demonstraties, debatten, tot onoplosbare controverse (zij het zelden tot een echte uitwisseling van argumenten). Zelfs na de aanneming van de euthanasiewet in 2001 is er geen *closure*. Meteen na de stemming in de senaat laait de discussie op over verdergaande voorstellen van toegelaten euthanasie (gesuggereerd door minister Borst die de wet juist heeft verdedigd), waarbij de tegenstanders internationale steun krijgen voor hun argument dat de aangenomen wet al een inbreuk vormde op het recht op leven. De interpretaties van de aangenomen wet lopen uiteraard in een klimaat van controverse uiteen. Voor en na de totstandkoming van de wet, vond en vindt normering plaats door de rechter die over nieuwe praktijksituaties moet oordelen in het licht van de open normen die door de wetgever gecodificeerd zijn (en die door de rechter zijn ontwikkeld). De normen die de rechter stap voor stap verwoordt, berusten zelf weer op besluitvorming in medische kring, waarbij de KNMG als een soort wetgever van het semi-autonome medische veld optreedt. Op elk moment kan een nieuwe controverse losbarsten, niet alleen over de betekenis van de geldende regels (een interpretatiedebat) maar ook over de wenselijkheid van nieuwe regels, waarop de praktijk en de rechter vast een

voorschot nemen. In deze situatie zijn het de artsen en hun patiënten die te weinig rechtszekerheid krijgen.

In deze situatie zijn verschillen tussen de bedoelingen van de wetgever en de maatschappelijk gevestigde euthanasiepraktijken welhaast onontkoombaar. *The law in the books is not the law in action*. Betrokkenen worden geacht op een verantwoordelijke en verantwoorde manier (principieel, openbaar, transparant, gewetensvol) met de spanning tussen de letter van de wet en de zich dynamisch ontwikkelende praktijk om te gaan. Zij moeten daarom in staat zijn de kunst van het afwegen van belangen op hoog niveau te beoefenen. Bij medisch-ethische beslissingen die maatschappelijk omstreden zijn en waarbij het proces van wetgeving en rechterlijke rechtsvorming een permanente maatschappelijke discussie is geworden, wordt iedere burger in de rol geplaatst van politicus, bestuurder of rechter die belangen moet kunnen afwegen. Dat speelt niet alleen bij de wetshandhaving (waar leden van regionale toezichtscommissies en van het Openbaar Ministerie hun eigen wettelijke opdrachten hebben), maar ook bij de voortgaande normvorming in ziekenhuizen, verzorgingshuizen, huisartsenpraktijken en wat dies meer zij.

De kunst van het afwegen is kortom altijd al moeilijk, maar dat is nog sterker het geval als de procedures verschillende rechtsvormende instanties omvatten (wetgever, bestuur, rechter, KNMG); als er geen closure is maar voortgaande discussie, voortgaande strijd en voortgaande normering; als de wet de kunst van het belangen afwegen voorschrijft aan normadressaten die daardoor een soort wetgevers in eigen zaak worden; als er pregnante verschillen bestaan tussen de wet op papier en de wet in de praktijk.

7.4 AFWEGEN IS EEN HELE KUNST

Het is eenvoudiger de grote moeilijkheidsgraad van de maatschappelijk steeds meer gevraagde belangenafweging aan te tonen dan om aan te geven hoe belangen op een verantwoorde en verantwoordelijke – en dus rechtsstatelijke – manier kunnen worden afgewogen. Een begin van een antwoord op die vraag is echter al gelegen in de veel gebruikte uitdrukking: dat het om een *kunst* gaat; vergelijkbaar dus met andere kunsten, zoals bijvoorbeeld de kunst van het toneelspelen. Het zou dan moeten gaan om een activiteit waarvoor een zekere deskundigheid nodig is, die soms professioneel wordt beoefend en soms niet, waarvoor ambachtelijkheid vereist is, waar bepaalde vaardigheden aan te pas komen, die meer en minder goed kan worden beoefend. Wie de kunst van het toneelspelen goed beoefent, verstaat een vak dat unieke handelingsmogelijkheden biedt (maar ook aan beperkingen onderworpen is) en toont bepaalde kwaliteiten waarover een kritisch publieksoordeel mogelijk is. Het is een reflectieve kunst die bij de spelers zelf maar ook bij andere betrokkenen (regisseurs, toneelschrijvers, critici, het publiek) vragen oproept over de manier waarop theater wordt gemaakt.

De kunst van het belangen afwegen kan tegen de kunst van het toneelspelen worden afgezet; behalve veel verschillen zijn er enkele interessante overeenkomsten. Het afwegen van belangen is ook geen activiteit die zich geheel in het gemoed van de afweger afspeelt, maar een proces dat gestalte krijgt in publieke argumentatie. Voor een goede belangenafweging zijn er verschillende partijen nodig die elk hun rol spelen. Er moeten protagonisten zijn van de verschillende standpunten die de kans krijgen hun visie op de zaak vrijelijk en zo sterk mogelijk (met een zeker drama) te presenteren. Er moet interactie zijn: vragen stellen over en weer, strijd leveren; er moet een dialoog zijn (en deze 'acteerprestaties' kunnen goed of slecht uit de verf komen). Degene die afweegt moet meer doen dan de beslissing meedelen: er is ook een gemotiveerde uitleg nodig; een monoloog, die zich richt tot de andere spelers. Bij elkaar genomen lijkt een geslaagd proces van openbare belangenafweging wel iets op een toneelstuk; er is eveneens sprake van rollen, teksten, verantwoordelijkheden, kwaliteitsmaatstaven en voor iedereen waarneembare prestaties. Theater en deliberatie zijn publieke kunsten.
De kunst van het afwegen heeft echter ook de nodige eigenschappen waarbij de vergelijking met de kunst van het toneelspelen niet opgaat. Een afweging van belangen leidt tot oordeelsvorming en oordeelsvorming maakt de weg vrij voor ingrijpen in de werkelijkheid. Anders dan bij de in het theater opgeroepen toneelwerkelijkheid, die fictief is en alleen de hoofden en harten van de toeschouwers beroert, gaat het bij de werkelijkheid van het oordeel om een constructie van 'de' maatschappelijke werkelijkheid; om interventie in en vormgeving aan de wereld waarin mensen leven. Belangenafweging is de opmaat voor machtsuitoefening en soms voor de inzet van geweld. Belangenafweging beoogt via de oordeelsvorming een transformatie van de werkelijkheid, is verbeelding die in daden wordt omgezet. Dat indringende verschil met de kunst van het toneelspelen legt de afweger een grote verantwoordelijkheid op de schouders. Controle op de afweger is belangrijk en van een andere aard dan de indirecte controle het resultaat is van de kritische beoordeling van toneelspelers door critici en publiek. De ingrijpendheid van de kunst van het belangen afwegen – de belangen van anderen staan mee op het spel in de constructie van het algemeen belang – legt andere kwaliteitsmaatstaven op dan die voor een geslaagde performance. Aan iemand die belangen pretendeert af te wegen kan de eis gesteld worden van hoor- en wederhoor. Van zo iemand kan verwacht worden dat deze alle betrokken belangen een faire kans geeft om zich zo sterk mogelijk te presenteren. Procedurele zorgvuldigheid is de norm. Er mag geen vooringenomenheid zijn bij de belangenafweger. De belangenafweger moet zich in andere posities kunnen en willen verplaatsen. Hij moet perspectivistisch kunnen redeneren, dat wil zeggen: vanuit een zo sterk mogelijk verwoord gezichtspunt overstappen op andere gezichtspunten die ook zo sterk mogelijk verwoord worden, om pas na perspectiefwisselingen tot een eigen standpunt te komen (Witteveen 1996: hoofdstuk 15).

De nog in abstracto geformuleerde kenmerken en kwaliteitseisen zijn historisch gesproken afgeleid van de geslaagde vervulling van bepaalde beroepsrollen.

Typische afwegers zijn: veldheren, ordehandhavers, kapiteins, vorsten, wetgevers, diplomaten, advocaten, rechters, notarissen, artsen, priesters. De contouren van de kunst van het afwegen doemen inductief op uit een veelheid van beroepsrollen die opvallen door hun professionaliteit, door het bestaan van aan het beroep gestelde interne kwaliteitsmaatstaven die ook dienen ter kritische reflectie en beoordeling, door althans de mogelijkheid van een beroepsethiek (Schön 1983). Binnen dit scala staan vooral de gerelateerde beroepsrollen van advocaat en rechter model voor een kunst van het afwegen van belangen met een algemenere geldigheid.

7.5 ADVOCAAT EN RECHTER ALS ROLMODELLEN

Advocaten en rechters hebben elk hun eigen rol en positie in een proces van belangenafweging: pleiten en oordelen. De pleiter wordt geacht zo overtuigend mogelijk op te komen voor de belangen van zijn cliënt en daarbij de tegenpleiter, die precies hetzelfde doet, te bestrijden. De rechter bereikt een onafhankelijk en onpartijdig oordeel door de twee strategieën met elkaar te confronteren en tegen elkaar uit te spelen; door het vrije debat, gevoerd onder leiding van de rechter, wordt aan alle belangen recht gedaan. Die rollen zijn kennelijk complementair: zonder de eenzijdige retoriek van de advocaten is evenwichtige rechtspraak onmogelijk, zonder de aanwezigheid van een onafhankelijke publieksinstantie ontaardt het pleidooi in retorische kunstgrepen. Wat advocaten en rechters verbindt – hen zowel tot samenwerking als tot tegenspel dwingt – is de *retorische situatie*. Die moet procesmatig zo zijn ingericht dat: de pleiters gelijke kansen krijgen om vrij van dwang of druk het woord te voeren en dat de rechter zijn onafhankelijke positie kan waarmaken (Daarover uitgebreider: Witteveen 1988: hoofdstuk 3).

De op tegenspraak ingerichte structuur van de retorische situatie garandeert dat de verschillende bij de zaak betrokken belangen worden opgespoord en verwoord. Maar pas de publieke afweging door de rechter maakt duidelijk welk 'gewicht' aan de belangen moet worden toegekend en hoe de afweging uitpakt. Daarvoor is het nodig dat de rechter verplicht is zijn afweging te motiveren. Het vereiste van een deugdelijke motivering van het rechterlijk oordeel is voor de kunst van het afwegen van belang en van fundamentele betekenis. Alleen in de openbaarheid kan blijken of er sprake is geweest van een deugdelijke 'afweging'. Idealiter moeten beide partijen inzicht krijgen in de overwegingen van de rechter en moet voor hen duidelijk zijn welk argument of welke argumenten de doorslag hebben gegeven. De rechter die inderdaad zo'n overzicht van argumenten biedt, spreekt niet alleen tot de winnende maar ook tot de verliezende partij. De belangen van de verliezende partij worden erkend en er wordt duidelijk gemaakt waarom deze legitieme belangen toch niet de doorslag hebben gegeven in dit geval. De verliezer krijgt te horen dat de afweging in dit geval wel negatief uitviel, maar dat dat niet betekent dat de belangen waarvoor hij opkwam door het recht niet worden erkend.

De kunst van het openlijk afwegen van belangen over en weer is vooral aan de orde als de feiten niet eenduidig of eenvoudig zijn (omdat de twee kanten van het verhaal niet op een noemer zijn te brengen) en als er sprake is van regels die de rechter tot interpretatie in het voorliggende geval aanzetten, zoals vooral het geval is bij open normen. De privaatrechtelijke open norm van 'redelijkheid en billijkheid' is bij uitstek geschikt om technieken van openlijke belangenafweging te gebruiken. Iets soortgelijks geldt voor publiekrechtelijke open normen als 'openbare orde' of 'algemeen belang'. In het, vanwege het legaliteitsbeginsel op scherpe normen georiënteerde, strafrecht vervult de open norm van de 'overmacht' een enigszins vergelijkbare functie. De werkwijze is probleemgericht.[2] Men begint de door het probleem opgeroepen vragen te vergelijken met vragen die speelden in soortgelijke problemen uit het verleden (zoekt een of meer precedenten), trekt daaruit een voorlopige conclusie over een gedragslijn die men in dit geval zou kunnen volgen en gaat dan op zoek naar overwegingen die deze voorlopige conclusie zouden kunnen weerleggen (onvoorziene omstandigheden, conflicterende principes). Als de voorlopige conclusie onder deze toetsing standhoudt, is duidelijk geworden welke belangen in dit geval het zwaarst hebben gewogen; als de conclusie wordt aangepast, eveneens.

Een voorbeeld. Als de wetgever in het arbeidsrecht een open norm hanteert als 'dringende reden voor ontslag', zal de rechter het voorgelegde geval waarin die open norm aan de orde komt, eerst vergelijken met eerdere gevallen waarin de rechter tot de conclusie kwam dat sprake was van zo'n 'dringende reden'. Daaruit distilleert hij argumenten die ook in dit geval relevant kunnen zijn (zoals bijvoorbeeld het herhaaldelijk opzettelijk niet opvolgen van instructies van de bedrijfsleiding). Vervolgens wordt gekeken naar argumenten die in het algemeen tegen deze honorering van het bedrijfsbelang kunnen pleiten en die vaak ook in eerdere gevallen aan de orde zijn gekomen (bijvoorbeeld de vaagheid of inconsistentie van de instructies of onvoorziene omstandigheden die het verstandig maakten van de instructie af te wijken, zeg om een bedrijfsongeval te voorkomen). Daaruit volgt een patroon van argumenten pro en contra dat naar het voorliggende geval wordt getransponeerd, maar daarbij wordt gekeken welke afwijkende omstandigheden hierin te zien zijn die eventueel nog niet eerder gevonden argumenten relevant maken. Deze manier van werken maakt het vaak mogelijk om intuïtief het gewicht van de belangen te bepalen, zij het alleen voor het geval dat aan de orde is, in het licht van de daar geconstateerde feiten. Het kan bijvoorbeeld zo zijn dat de instructies voor een gewone bedrijfsvoering wegvallen tegen de noodzaak om een ongeval te voorkomen ('nood breekt wet'), maar de feitelijke situatie is daarvoor heel bepalend. De overtuigingskracht van de topoi voor het geval wordt mede beïnvloed door een inschatting van de overtuigingskracht die de topoi hebben in de bredere gemeenschap. De openheid van een dergelijk proces van redeneren en de transparantie daarvan, vormen een waarborg voor conclusies die in de gemeenschap aanvaardbaar zijn, maar ze geven geen garantie voor een rechtvaardige oplossing van het probleem.

Openbaarheid en een transparante manier van werken zijn belangrijke kenmerken van de rechterlijke belangenafweging, maar daar komt nog een derde kenmerk bij: gerichtheid op het algemeen belang. Op het eerste gezicht is dat vreemd. De retorische situatie biedt ruimte aan partijen met een conflict om zich uit te spreken. Andere partijen en belangen staan daar buiten. Het algemeen belang kan hoogstens op de achtergrond aan de orde komen maar heeft geen eigen pleiter. (Of: beide pleiters beweren dat het algemeen belang met hun eigen belang samenvalt.) Juist omdat de rechter echter belangen in de vorm van algemene overwegingen, maximen en beginselen bespreekt, legt hij (in navolging van de advocaten) al een brug naar de maatschappelijke opvattingen. Kronman wijst erop dat de onpartijdigheid van de rechter geldt ten opzichte van de strijdende partijen, maar dat dit niet betekent dat de rechter zich niet tegelijkertijd het algemeen belang mag en moet aantrekken. Rechters moeten bijvoorbeeld altijd rekenschap afleggen van hun bezorgdheid om de integriteit van het rechtssysteem als geheel en mogen zich in dat verband inzetten voor een goede ontwikkeling van de juridische dogmatiek die bruikbaar moet blijven voor de problemen waar de maatschappij het recht voor nodig heeft. Ook moet de rechter het belang behartigen van de sociale cohesie van de gemeenschap (die door een verdelend conflict soms ernstig wordt bedreigd). Kronman concludeert:

"The judge's interest in all these things – which, far from compromising his authority, helps to constitute it – might be characterized as an interest in the good of the community represented by the laws. The judge's interest is thus broader, or more inclusive, than the interests of the parties." (Kronman 1993: 118)

Een geslaagde belangenafweging laat zien hoe de rechter meer afweegt dan de belangen van de betrokkenen, hoe via de uitleg van de wetten het algemeen belang inhoud wordt gegeven, hoe belangeninclusiviteit mogelijk is.[3]

7.6 RECHTSSTATELIJKE KWALITEITSMAATSTAVEN EN DE ROL VAN DE RECHTER

De rechter is dus het grote voorbeeld als het gaat om de kunst van het belangen afwegen. Het is instructief op dit punt terug te denken aan de rechtsstatelijke kwaliteitsmaatstaven voor rechtspraak, want deze maatstaven betreffen voor een belangrijk deel de kunst van het afwegen. Wie zich de rechter ten voorbeeld stelt, kan aan de hand van die rechtsstatelijke kwaliteitsmaatstaven dan ook in andere situaties waarin iemand een of andere rechterrol vervult, het nodige houvast vinden om een daarbij passende vorm van belangenafweging te ontwerpen. De leden van een medisch tuchtcollege moeten bijvoorbeeld uit hoofde van hun functie belangen afwegen. Naarmate zij in hun werkwijze meer voldoen aan rechtsstatelijke kwaliteitsmaatstaven die voor rechters gelden, neemt ook de kwaliteit van hun werk als afwegers toe. Dat geldt bijvoorbeeld de openbaarheid, de transparantie en de mate waarin niet alleen de belangen van zowel de klager als de aangeklaagde, maar ook meer algemene belangen in het oordeel naar voren komen. Helemaal identiek hoeft de werkwijze niet te worden en het ideaal dat voor de rechter geldt, hoeft ook niet helemaal gehaald te worden, want er blijven

natuurlijk ook relevante verschillen in het type rechterrol dat hier vervuld wordt. Daarmee rekening houdend, zijn de kwaliteitsmaatstaven voor de rechter als afweger dan toch altijd nog kritische maatstaven die een beoordeling van de kwaliteit van het optreden van een tuchtcollege mogelijk maken.

7.7 WETGEVER EN BESTUURDER ALS ROLMODELLEN

De rechter is echter niet het enige voorbeeld van een functionaris die geacht wordt op voorbeeldige wijze belangen af te wegen. In onze Europese rechtscultuur zijn ook de wetgever en de bestuurder zulke rolmodellen. Wetten worden geacht uitdrukking te geven aan het algemeen belang en dat kan alleen als alle belangen zijn gearticuleerd en afgewogen. De invloed van Rousseaus visie (1995: hoofdstuk 6-7) op de totstandkoming van de *volonté générale* doet zich hier gelden (Böhtlingk en Logemann 1964). In deze visie komt het niet alleen aan op deliberatie tussen vrije en gelijke burgers, maar ook op de aanwezigheid van een wijze wetgever (zoals Mozes, Solon, Lycurgus of Justinianus) die het wettelijke kader ontwerpt waar de delibererende burgers op kunnen voortbouwen. Bestuurders worden geacht verlichte regenten te zijn die gezag verdienen, omdat zij in staat zijn alle belangen op waarde te schatten en af te wegen. Het utilisme van Bentham, maar ook vele economische, sociologische en bestuurskundige theorieën, verschaffen methodologiën om dit ideaal een praktische vertaling te geven; de kunst van het afwegen krijgt gestalte in theorieën over de kunst van het management (Hood 1998).

Als lichtende voorbeelden van de kunst van het afwegen zijn de wetgever en de bestuurder echter minder verhelderend dan het voorbeeld van de rechter. De belangrijkste reden daarvoor lijkt te zijn dat in het geval van wetgever en bestuur de individuele bijdrage van de persoon die de activiteit beoefent veel minder zichtbaar is en in de regel ook veel minder beslissend is in het kader van de voor wetgeving of bestuur te doorlopen procedure. Waren wetgevers in de Europese tradities (vooral binnen de juridische traditie) vorsten met hun adviseurs of (in de republikeinse traditie) volksvergaderingen, tegenwoordig is het wetgevingsproces over zoveel schijven verdeeld dat er geen kring van personen is aan te wijzen die werkelijk beslissend is. Dit doet afbreuk aan de voorbeeldfunctie van de wetgever als afweger. Voor bestuurlijke processen geldt deze kritiek in mindere mate, omdat daar vaak nog een zichtbare gezagsdrager is (zoals een minister of een burgemeester) die knopen doorhakt en daarbij belangen heeft af te wegen. Maar ook hier geldt dat dit verschijnsel vaak alleen de laatste fase is in een complex proces van ambtelijke voorbereiding, waarbij ook vele spelers vanuit de maatschappij betrokken zijn geweest. Zowel wetgeving als bestuur worden gaandeweg steeds meer ondergeschikt aan het bureaucratische permanente besluitvormingsproces en dreigen daarbij hun zelfstandige positie en hun eigen identiteit te verliezen. De ontwikkeling naar interactief en, sterker nog, horizontaal bestuur illustreert deze tendens.

De voorbeeldfunctie van wetgever en bestuurder als afwegers van belangen is echter allerminst verdwenen. In de rechtsstatelijke kwaliteitsmaatstaven die aan wetgeving en bestuur gesteld worden, vinden we veel vereisten terug die op de kunst van het afwegen betrekking hebben. De verwachtingen zijn tot normen geconcretiseerd en worden nu aan het gehele proces gesteld, niet alleen aan de veronderstelde dragers daarvan.[4] Als Fullers kwaliteitsmaatstaven voor goede wetten onder meer consistentie, hanteerbaarheid, stabiliteit en consequente toepassing eisen, dan geeft dit mede aan waar bij de afweging van belangen op gelet moet worden en waar de deelnemers aan het proces van wetgeving hun werkzaamheden dus op zouden moeten richten. Net als bij de rol van de rechter het geval is, is er bij die van de wetgever ook de mogelijkheid de rechtsstatelijke kwaliteitsmaatstaven die op een goede belangenafweging gericht zijn, breder toe te passen. Rechtsstatelijke kwaliteitsmaatstaven voor wetgeving kunnen analoog worden toegepast in sociale verhoudingen waarin actoren regelstellend optreden. Dat kan binnen de vier muren van een organisatie zijn, of in maatschappelijke velden waar zelfregulering het devies is, of zelfs bij grensoverschrijdende activiteiten of bij het ontwerpen van standaardvoorwaarden voor een contract. Alweer is integrale toepassing mogelijk noch wenselijk en zullen er aanpassingen moeten plaatsvinden om voor, op wetgeving lijkende reguleringsvormen maatwerk te leveren; ook bieden de rechtsstatelijke kwaliteitsmaatstaven weer de mogelijkheid van gefundeerde kritiek.

De meeste beginselen van behoorlijk bestuur hebben rechtstreeks betrekking op de kwaliteit van de bestuurlijke afweging: zorgvuldige voorbereiding, fair play, motiveringsbeginsel, gelijkheidsbeginsel, materiële zorgvuldigheid. Stuk voor stuk vereisen deze beginselen een bepaald soort afwegingen door de bestuurder (materiële zorgvuldigheid betekent zelfs met zoveel woorden dat er proportionaliteit moet worden nagestreefd). De rechtsstatelijke kwaliteitsmaatstaven voor bestuurlijke belangenafweging zijn naar hun aard al zeer breed toepasbaar, omdat ze ontwikkeld zijn voor de meest uiteenlopende overheidsinstellingen. Het is aannemelijk dat analoge toepassing ook hier mogelijk is op managers en organisaties die op een of andere manier publieke belangen raken en dat de, bij de rol van de wetgever en die van de rechter gemaakte, kanttekeningen over mogelijkheden en beperkingen van analoge toepassingen hier eveneens opgaan. Organisaties die ‘op afstand’ van de overheid geplaatst zijn – en die door de haast waarmee dat gebeurd is vaak een tekort vertonen op het vlak van de democratische controle en verantwoording – kunnen aan bestuurlijke kwaliteitsmaatstaven worden gehouden, hetgeen een kritische beoordeling van hun functioneren mogelijk maakt.

Vooral vanuit de republikeinse traditie en vanuit de daarop voortbouwende beweging van deliberatieve democratie kan verdedigd worden dat de plicht tot afwegen zich niet alleen uitstrekt tot een of meer typen ambtsdragers, maar een algemene verplichting is die alle burgers in alle publieke instellingen zich moeten aantrekken wanneer zij zich met openbare aangelegenheden bezig houden.

Gutmann en Thompson zeggen het zo:

"The essential idea is that all institutions of government have a responsibility for deliberation. (...) This tells against the tendency to designate some institutions as forums for reason and others as arenas of power. It challenges those constitutional democrats who see courts as the agents of deliberation and legislatures as the brokers of interests. In a democracy in which citizens are governed on the basis of values adopted and refined through collective deliberations, all the makers of public policy – legislators as well as judges – should give reasons based on principles that reflect these values. Legislatures as well as courts, then, should be designed to encourage these reason giving processes." (Gutmann and Thompson 1996: 358)[5]

7.8 NOGMAALS: GEMEENTELIJKE HERINDELING

Kan de kunst van het afwegen die burgers afkijken van rechters, wetgevers en bestuurders die hun vak verstaan, bijdragen aan het hanteerbaar maken van de problemen met belangenafweging in de praktijk, zoals we die hebben gesignaleerd in de casus van gemeentelijke herindeling?

Bij de gemeentelijke herindeling gaat het in feite om een complexe bestuurlijke afweging die de vorm van een wet in formele zin aanneemt (en daarmee het voordeel kent van een goed geregelde procedure). De moeilijkheden kwamen daar allereerst voort uit de onvergelijkbaarheid van de belangen die elk hun eigen 'dimensie' hebben (Terlouw). De vraag is dan hoe daarmee om te gaan. Moet de knoop na een inventarisatie worden doorgehakt op grond van de subjectieve voorkeuren van de volksvertegenwoordiger of bestuurder? Moet er doorgegaan worden met zoeken naar nieuwe gezichtspunten, in de hoop ooit een standpunt te vinden dat een rationele ordening van belangen mogelijk maakt? Moet er net zo lang gedelibereerd worden tot iedereen het eens is? En als dat moment maar niet wil komen, moet er dan maar een second-best-solution worden geaccepteerd (De Vries)? En als de knoop eenmaal is doorgehakt, wat hebben de argumenten de verliezende minderheid dan nog te zeggen?

De rechtsstatelijke kwaliteitsmaatstaven die betrekking hebben op goede afweging van belangen bieden geen pasklare antwoorden op deze vragen, wel oplossingsrichtingen. Het is bijvoorbeeld allereerst geboden om de onvergelijkbaarheid van de dimensies niet te ontkennen of er een schijnoplossing voor te zoeken door een of ander model tot het enige ware uitgangspunt te verheffen, maar de onverenigbaarheid van perspectieven en belangen tot thema van het debat te maken. In het debat over herindeling van Den Haag en omgeving is dit (bij vlagen) gebeurd, maar dat wil niet zeggen dat het altijd gebeurt; voor deze erkenning is een constructieve samenwerking van tegenstanders nodig (en dus geen al te hoog opgelopen emoties). Inventarisatie van de verschillende gezichtspunten alleen is ontoereikend voor een goede belangenafweging. Het model van de retorische situatie suggereert dat de rol van de rechter alleen goed kan worden vervuld als elke dimensie zijn eigen advocaat heeft gekregen die zich binnen het debat vrijelijk heeft kunnen uiten, met gebruikmaking van alle daarvoor vereiste partijdige retoriek. De meest uitgesproken advocaten voor verschillende belan-

gen bevinden zich echter vaak buiten de volksvertegenwoordiging. Ook zijn er belangen die in het geheel niet verdedigd worden, omdat zij niet direct in het voordeel zijn van een van de strijdende partijen; hieronder zijn ook juist algemene belangen (zoals dat van een goede bestuurskracht op de middellange termijn).

Als de voorbereiding grondig ter hand is genomen, is het al vóór het debat duidelijk of er wel of niet een overkoepelend gezichtspunt is en of er wel of niet dilemma's zijn waarbij alleen een keuze oplossing kan bieden. Er is voor deze constatering een procesmanager nodig, zo kunnen we van de kunst van het publiek management leren, die die constatering gezaghebbend kan doen. In de wetgevingsprocedure is dat weggelegd voor de minister die het voorstel verdedigt, maar deze is meteen ook partij bij het debat. Een rolvermenging die in feite tot gevolg heeft dat er geen procesmanager is.

Consensus is juist bij zulke omstreden kwesties als herindelingen niet te verwachten. Voor een goede belangenafweging is consensus ook niet nodig. Critici van de deliberatieve democratieopvatting wijzen er terecht op dat deliberatie door het zoeken naar consensus eerder wordt ondermijnd dan bevorderd.[6] Rechters, wetgevers en bestuurders kunnen allemaal hun afwegingen verrichten zonder dat er consensus is of tot stand komt.

Op een gegeven moment moet de knoop worden doorgehakt. Bij lang wachten treedt vaak grote schade op aan het publiek belang; dit kan een second best solution rechtvaardigen. Deliberatie die alleen tot uitstel leidt, betekent in feite collectief machtsverlies voor de gemeenschap die niet tot zinvol politiek handelen in staat blijkt te zijn en de problemen op zijn beloop laat. Dit is altijd een teken van falende belangenafweging. Omgekeerd is een overhaaste beslissing ook niet goed. De indruk ontstaat dan dat er een eenzijdige overheersing is geweest van een bepaald belang; dat macht heeft gesproken in plaats van redelijkheid. Timing van het oordeel is een moeilijk onderdeel van de kunst van het afwegen. Rechters hebben procedurele oplossingen (procesrecht dat de partijen begrensde mogelijkheden geeft om hun argumenten te verwoorden, een decisieverplichting en redelijke termijn voor de rechter). In de politiek zijn deze procedurele waarborgen minder dwingend. Er kan vaak eindeloos opnieuw met procedures worden begonnen. Een wetgevingsproces dat meer dan tien jaar vereist, is geen uitzondering. Dit staat allemaal op gespannen voet met de kunst van het afwegen van belangen. Als het idee van de redelijke termijn redelijk wordt gevonden voor behoorlijke rechtspraak, waarom dan niet voor behoorlijke wetgeving? Het gevaar van eenzijdige belangenafweging en van daarmee gemoeide macht is altijd aanwezig en kan zelfs door zorgvuldige procedures en alle maximen van het belangen afwegen niet geheel worden uitgebannen. De rechtsstatelijke kwaliteitsmaatstaven vormen wel een krachtig tegengif tegen eenzijdigheid; het zijn bij uitstek machtskritische beginselen.

7.9 NOGMAALS: EUTHANASIE

Nog andere vragen spelen in de casus van de euthanasiewetgeving: de veelheid van rechtsvormende instellingen en hun gebrekkige onderlinge coördinatie; de onmogelijkheid van closure en het eigenlijk altijd weer oplaaien van controversen; de opdracht van de wetgever aan burgers om zich als wetgever in eigen zaak te gedragen; blijvende verschillen tussen de wet op papier en de praktijk. Maakt het bij deze afwegingsproblemen verschil of de participanten gebruik maken van een kunst van het belangenafwegen?

Als er, om te beginnen, veel verschillende rechtsvormende instellingen zijn met een gebrekkige onderlinge coördinatie, is op het oog niet voldaan aan een voorwaarde voor het zinvol beoefenen van de kunst van het belangen afwegen, namelijk procedurele duidelijkheid. Men kan zich een radertje in een onoverzichtelijk geheel gaan voelen in plaats van een oordelende en handelende persoon die ertoe doet. Dat werkt kwaliteitsverlagend. Een verbrokkelde rechtsvorming is ook kwetsbaar omdat een goed resultaat afhankelijk is van zeer vele afwegingen die allemaal goed moeten verlopen. Deze redenering kan echter ook worden omgekeerd. De veelheid van instanties en personen die zich serieus met de dilemma's bezighouden, betekent juist een grotere kans dat er ergens goede en zinvolle oplossingen gevonden worden. In het geval van euthanasie is vaak geconstateerd dat het maar goed is dat de rechter het voortouw genomen heeft bij het ontwikkelen van een zorgvuldigheidsnorm, al gaat het om een activiteit die eigenlijk des wetgevers is, omdat hij daartoe beter in staat is (W. van der Burg 2001a). Van deze normerende activiteit gaat vervolgens een voorbeeldwerking uit zodat ook betrokkenen in het wetgevingsproces soortgelijke afwegingen gaan maken en uitdragen. De betrokkenheid van velen bij een proces van deliberatie is in de democratische optiek van onder meer Dewey, Pettit, Gutmann/Thompson en Waldron een uiterst positief punt; door de participatie van velen wordt de kwaliteit van de afweging in principe beter.[7] Maar dan moet de verbrokkeling wel binnen hanteerbare grenzen blijven. Vooral binnen de wetgevende instellingen is een goede wetgevingsregie vereist om daar een betere afstemming tot stand te brengen (Witteveen 2000a: 1-23). Dit is een verantwoordelijkheid die een rechtsstatelijk karakter heeft; het legaliteitsbeginsel zal meer waarborgen bieden als de wetgevingsprocedure goed gecoördineerd is.

Dat er, vervolgens, geen closure mogelijk is en de controverse bij nieuwe ontwikkelingen in de medische technologie en in de maatschappelijke discussie telkens weer oplaait, staat een goede belangenafweging in principe niet in de weg. Van de rechterlijke rechtsvorming en vooral van de topische methodiek kunnen we leren dat er telkens nieuwe gevallen nodig zijn om tot een verfijning van afwegingen te komen; de voortgaande discussie biedt in die zin een waarborg dat alle betrokken belangen niet één keer maar vele keren de gelegenheid krijgen om hun waarde in de discussie te bewijzen. Dat positieve scenario treedt echter alleen in als er werkelijk de bereidheid is tot een dialoog volgens de vereisten van

de retorische situatie. Dan is een brede beoefening van de kunst van het afwegen een constructieve vormgeving van het voortgaande debat.
Mag, in de derde plaats, de wetgever die zelf belangen afweegt iedere betrokkene tot een soortgelijke belangenafweger promoveren? Het deliberatieve ideaal is daarmee gediend, maar er zijn wel kanttekeningen bij te maken. Er dreigt een gevaar van overvragen als mensen die in een kwetsbare positie verkeren (omdat zij ernstig ziek zijn) de vaardigheden van de afweger moeten bezitten, want niet iedereen is hiertoe (op dat moment) in staat. Er dreigt een tweedeling tussen mensen die in het zicht van het levenseinde wel burgers kunnen zijn van de medisch-ethische republiek en mensen die dat niet kunnen; ook hun, even kwetsbare, belangen moeten beschermd worden. Dat maakt de taak van artsen en andere begeleiders en van familieleden zwaarder; de open normen voor een verantwoorde omgang met beslissingen rond het levenseinde brengen artsen echter weinig rechtszekerheid.

Zo is er telkens een wisselend beeld: aan de ene kant staat de complexiteit van de euthanasiecasus een goede belangenafweging in de weg; aan de andere kant zijn er juist ook kansen om door het goed beoefenen van de kunst, beter om te gaan met de grote dilemma's die op dit gebied onvermijdelijk spelen. Voor het vierde gesignaleerde probleem is het beeld overigens weer duidelijk. Juist als er spanningen zijn tussen de wet op papier en de praktijk is het in alle openbaarheid afwegen van belangen noodzakelijk om met die spanningen te kunnen omgaan.

7.10 TWEE CONSEQUENTIES VAN RECHTSSTATELIJKHEID

De conceptuele wending van rechtsstaat naar rechtsstatelijkheid heeft consequenties voor het praktische politieke handelen. De kunst van het afwegen, een bij uitstek politieke en juridische kunst die gedijt in de deliberatieve praktijken van democratie en rechtsstaat, is gebaat bij de ontwikkeling van rechtsstatelijke kwaliteitsmaatstaven. Met al hun beperkingen zijn de traditionele rolmodellen van de rechter (in samenwerking met de advocaat), de wetgever en de bestuurder dragers van zulke kwaliteitscriteria. Als burgers in vergelijkbare situaties zich aan deze rolmodellen spiegelen, wordt het bereik van een democratische rechtsstatelijkheid groter. Zo kunnen rechtsstatelijke afwegingen ook buiten de staatsmachten een rol gaan spelen en zal kunnen blijken dat, met een variatie op een bekende uitspraak van Schuyt, in een rechtsstaat niet alleen de overheid 'gebonden is aan maat en regel'.

Er is nog een andere belangrijke consequentie van de wending naar rechtsstatelijkheid. Om hun verantwoordelijkheid als rolmodel voor goed burgerschap waar te maken, zullen de wetgever, het bestuur en de rechter in hun praktische functioneren moeten laten zien dat zij in hun onderlinge relaties – in hun, door de trias politica opgelegde, patronen van samenwerking én tegenwerking – ook in staat zijn tot een goede belangenafweging.[8] Wetgever, bestuur en rechter moeten elkaars rol respecteren en zich zo opstellen dat die rol in de praktijk goed uit de verf kan komen. Hoe de onderlinge rolverdeling moet zijn, is echter verre van

duidelijk. De leer van de trias politica spreekt wat dat betreft met dubbele tong (en soms met overslaande stem). De verboden van de machtenscheiding zijn lang niet altijd te rijmen met de geboden van het machtsevenwicht. Als het om de plaats van de rechter in het staatsbestel gaat, is de dogmatische duidelijkheid altijd maar betrekkelijk en is het geldende recht voortdurend in beweging, voortgedreven door probleemsituaties die de trias onder druk zetten. Het zoeken naar nieuwe scenario's gaat gepaard met interpretaties van oude denkbeelden die hun waarde bewezen hebben. Daarmee gaat het gelijk op met het construeren van nieuwe samenwerkingsvormen die een experimenteel karakter hebben.

De juiste inrichting van de trias politica is een omvangrijk onderwerp met een uitgebreide literatuur. Wij zullen ons tot een tweetal vragen beperken die van direct belang zijn voor de kunst van het afwegen. In de eerste plaats is dat de vraag hoe een goede wetgever voldoende ruimte kan laten aan een goede belangenafweging door de andere twee 'machten' (en hoe bestuur en rechter datzelfde kunnen doen ten opzichte van de andere machten). Dit is het probleem van de *optimalisering van de samenwerking*. In de tweede plaats komt de vraag aan de orde wat wetgever, bestuur en rechter moeten doen wanneer de andere macht of machten er niet in slagen tot een goede belangenafweging te komen. Dit is het probleem van het *compenserende optreden*. Deze vragen zullen ingeleid worden door uit de theoretische literatuur drie posities te distilleren, waarbij respectievelijk aan de wetgever, aan het bestuur en aan de rechter het primaat wordt toegekend in de rechtsvorming.

7.11 HET PRIMAAT VAN DE WETGEVER

De stelling dat in de rechtsstaat de wetgever het primaat toekomt is zo oud en respectabel als de rechtsstaat zelf. Het legaliteitsbeginsel krijgt centrale betekenis in het scala van elementen van rechtsstatelijkheid; voor elk bestuursoptreden moet een wettelijke grondslag te vinden zijn. Het wordt ondersteund door het specialiteitsbeginsel dat vereist dat de wetgever bij uitsluiting bepaalt welke belangen door het bestuur mogen worden afgewogen. Om het hoofd te bieden aan de, al sinds het begin van de 20e eeuw gesignaleerde, tendens van de 'terugtred van de wetgever' (Struycken, Van Wijk), van het verdwijnen van de materiële normstelling uit de wet in formele zin, bepleit men in deze optiek tevens een materieel wetsbegrip. Dat vereist regeling door de formele wetgever wanneer ingrijpende belangen, zoals grondrechten, op het spel staan.[9]

Een interessante uitwerking van het primaat van de wetgever is te vinden bij Stoter. Zij bepleit een hiërarchische relatie tussen de staatsmachten, maar dan op grond van het verschil tussen abstractere en concretere belangenafwegingen. De wetgever moet zich beperken tot algemene gezichtspunten en tot die aspecten van rechtsverhoudingen die vanuit die algemene gezichtspunten kunnen worden geregeld. Het bestuur moet juist aandacht geven aan de feiten en de concrete omstandigheden van het geval. Bij deze taakverdeling is de rol van de rechter ook duidelijk: toetsing aan de wet en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Stoter vat haar visie aldus samen:

"Uitgangspunt is dat de wetgever in algemene zin een balans tussen het algemeen te dienen belang en de individuele belangen aanbrengt, die aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval door het bestuur wordt ingevuld. Indien de afweging van de wetgever niet volledig is geweest of niet (volledig) kenbaar is, is niet duidelijk binnen welk kader het bestuur zijn afweging moet verrichten. (...) Het bestuur moet in dat geval een eigen belangenafweging verrichten, waarvoor het in beginsel niet is toegerust. Een mogelijk gevolg is dat bij de afweging niet voldoende wordt geabstraheerd van de feiten, waardoor door de werking van het gelijkheidsbeginsel problemen kunnen ontstaan in vergelijkbare gevallen. Ook de rechter moet, bij gebrek aan oriëntatiepunten, eigen maatstaven aanleggen voor de beoordeling van de rechtmatigheid van de beschikking. Indien hij hierbij niet kan verwijzen naar een door de wetgever gestelde algemene regel, tast dit de legitimiteit van zijn beslissing aan." (Stoter 2000: 337)

De samenwerking tussen de machten kan in deze opvatting geoptimaliseerd worden als iedere afweger uitsluitend de hem toekomende afweging maakt: algemeenheid, concreetheid, rechtmatigheid. Ieder het zijne. Voor corrigerend optreden is eigenlijk geen plaats, of het is hooguit een second best solution, want dit betekent dat bestuur en rechter afwegingen gaan maken die door de wetgever gemaakt moeten worden en dat zijn afwegingen waartoe zij onvoldoende competentie bezitten of die hun legitimiteit ondermijnen. Alweer: ieder het zijne.

De hiërarchische invulling van het legaliteitsbeginsel leidt tot krampachtige resultaten. De wetgever moet aan zeer hoge eisen voldoen om een werkelijk geslaagde abstracte belangenafweging voor elkaar te krijgen, maar wordt daarbij gehinderd door het theoretische verbod zich ook met de concrete omstandigheden bezig te houden. (In de praktijk heeft een nieuwe wet of wetswijziging meestal betrekking op problemen die in een reeks van concrete gevallen naar voren zijn getreden; in de afweging spelen feitelijke kwesties doorgaans een voorname rol.) De politieke vraag of er een wet nodig is en waarom, past kennelijk niet in het juridische schema van afwegingen. Dat maakt deze benadering onrealistisch. Het materiële wetsbegrip is wel een nuttige aansporing voor de wetgever om zich met essentialia bezig te houden, maar het is niet duidelijk waarom bestuur en rechter niet ook een oordeel zou toekomen over ingrijpende belangen, vooral als deze zich aandienen in de concrete omstandigheden van het geval en wellicht niet door de wetgever met zoveel woorden zijn besproken (want die deed immers aan abstracte afwegingen). Het specialiteitsbeginsel biedt wel een waarborg tegen bestuurlijke willekeur, maar beperkt ook het scala van belangenafwegingen drastisch. Vanuit een oogpunt van bestuurlijke kwaliteit is er juist veel voor te zegen het bestuur te verplichten met alle belangen die zich aandienen rekening te houden, ook als ze in een andere wet zijn erkend dan in de wet die voor de beschikking die aan de orde is, relevant is. Niet specialiteit, maar het voorkomen van willekeur is het rechtsstatelijke beginsel.

De wending naar rechtsstatelijkheid leidt tot andere conclusies. Het primaat van de wetgever moet niet alleen gestalte krijgen in de eigen taakvervulling, maar ook in het ruimte laten aan de andere machten om de rechtsvorming door

bestuurlijk en rechterlijk optreden verder te brengen. De wetgever heeft ook het primaat wanneer hij verdere rechtsvorming op basis van voortgaande maatschappelijke discussie regisseert; een proces dat onder meer gebruik kan maken van open normen. (Zie deel II, hoofdstuk 5, over communicatieve wetgeving.) Dat leidt tot een codificatieplicht wanneer in de praktijk blijkt dat de normen zich door bestuurlijke en rechterlijke rechtsvorming verder ontwikkelen. Voor de optimalisering van de samenwerking is het van belang dat de wetgever de uitvoering en toepassing van wettelijke regels in de praktijk systematisch volgt en evalueert. De vraag kan dan aan de orde komen of de belangenafwegingen door bestuur en rechter aanvaardbaar zijn of democratisch moeten worden bijgestuurd. Optimalisering gaat dan vloeiend over in corrigerend optreden, maar doorgaans moet de wetgever juist ruimte bieden voor afwegingen door bestuur en rechter. De presumptie zou niet moeten zijn dat alles wat de wetgever niet heeft toegestaan verboden is, maar dat alles is toegestaan dat niet door de wetgever is uitgesloten. De geest van de wetten (blijkend uit open normen, beleidsdoelstellingen, beginselen, enzovoorts) is daarbij wel richtinggevend.
Rechtsstatelijkheid vereist niet alleen belangenafweging door alle participanten in de rechtsvorming en een wetgever die dit toelaat en stimuleert. Op de wetgever rust ook de verplichting om de geboden van het machtsevenwicht serieus te nemen. Dat betekent dat een periodieke herijking van de machtsbalans ook een evaluatie moet omvatten van de kwaliteit van regelgeving, beleid, uitvoering en rechtspraak.

7.12 HET PRIMAAT VAN HET BESTUUR

Ook de gedachte dat het bestuur de eerste viool moet spelen in de democratische rechtsstaat heeft van oudsher verdedigers. De argumentatie is overigens eerder pragmatisch dan theoretisch. Bestuurlijke organen hebben boven wetgevende organen het voordeel van de continuïteit en de deskundigheid. De wetgever is geen persoon meer, maar een procedure met wisselende participanten. Het bestuur berust daarentegen op een permanente organisatie en ambtelijke deskundigheid en kent een minder wisselende politieke leiding door een kleinere kring van personen die bovendien efficiënter georganiseerd is. Vandaar dat nieuwe problemen ook eerst in het bestuur worden geanalyseerd, dat daar een nieuwe beleidslijn wordt uitgedacht en dat vervolgens gekeken wordt of voor dit nieuwe beleid wetten nodig zijn of niet. Het kan ook zijn dat er een mix van instrumenten nodig is en dat de wet een instrument is naast andere (zoals voorlichting of subsidieverlening). Dit zijn allemaal vaak gesignaleerde kenmerken van de moderne interventiestaat. Koopmans signaleert reeds in 1970 een "merkwaardige omkering" van de triasleer, waarbij de executieve het beleid vormt en voert "en daarmee in eigenlijke zin wetgever is geworden." Koeman (1989: 73-79) constateert zakelijk dat de trias politica niet meer bestaat en feitelijk vervangen is door een duas politica: bestuur en wetgever staan samen en onder bestuurlijke leiding tegenover de rechter. Het bestuur heeft het primaat over de wetgeving en de rechter is, in het kader van de rechtsbescherming, vooral reactief van belang.

Het pragmatisch erkende primaat van het bestuur leidt tot een visie op wetgeving die het instrumentele aspect daarvan sterk benadrukt (De Haan, Drupsteen en Fernhout 1986). Waarborgen zijn ook instrumenten, want als de wet een waarborg biedt (bijvoorbeeld voor rechtsbescherming of grondrechtenbescherming) dan is dat het uitvloeisel van een, bij voorkeur democratisch gelegitimeerde, bestuurlijke doelstelling die door die waarborgen gerealiseerd wordt. De wet is in alle opzichten een instrument in handen van het bestuur; de afweging of er een wet gemaakt moet worden, maar ook wat daarin moet worden afgewogen is primair een bestuurlijke afweging. Een goede bestuurlijke belangenafweging resulteert in een goede wettelijke afweging van belangen (want die weerspiegelt de bestuurlijke afwegingen); het is aan de rechter deze afwegingen te respecteren bij de toetsing (Kemenade 1997). Zo ontstaat, net als bij de leer van het materieel wetsbegrip, een soort hiërarchie.

De hiërarchische invulling van het primaat van het bestuur lijdt aan een overdosis realisme. Natuurlijk heeft het bestuur de taak om beleid te ontwikkelen en daarbij passende instrumenten te zoeken en feitelijk domineert het bestuur het wetgevingsproces. Maar dat betekent nog niet dat dit de beste resultaten biedt. Het is heel waarschijnlijk dat een zelfstandig wetgevingsproces, met daarin ruimte voor deliberatie door vertegenwoordigers van alle betrokken belangen, een belangrijke impuls kan geven aan het beleid. Wetgeving moet meer op afstand van het bestuur geplaatst worden en minder onder regie van ambtenaren en bestuurders staan om een toename van deliberatieve kwaliteit te bewerkstelligen (In de zin van Gutmann and Thompson 1996). Als het bestuur er niet in slaagt tot een belangenafweging te komen, komt er ook geen wetgeving tot stand. Door processen van wetgeving ondergeschikt te maken aan processen van bestuur, treedt een verschraling in van de belangenafweging. Het gevaar is groot dat een interne bestuurlijke visie, gevoed door slechts één vorm van rationaliteit, de overwegingen domineert en dat deze status quo dan als een hoogwaardige beleidsafweging wordt gezien. De bestuurlijke specialisatie en het optreden van georganiseerde belangengroepen versterken dit gevaar nog eens.

De wending naar rechtsstatelijkheid leidt tot een ander soort pragmatiek. Het primaat van het bestuur is een verantwoordelijkheid voor een goed procesmanagement dat om succesvol te zijn, ruimte moet laten voor wetgevende en rechterlijke afwegingen en deze afwegingen beschouwt als een belangrijk soort input voor haar eigen activiteit.[10] Zoals de wetgever de uitvoering van wetten en de daarbij optredende problemen in kaart moet brengen om nieuwe wetgeving te kunnen maken, zo moet het bestuur het wetgevingsproces en de daarmee gepaard gaande maatschappelijke discussie zien als een ‘discursieve orde’ die de kans biedt de eigen interne perspectieven op het beleidsveld te doorbreken en te verbeteren (Hajer 2000). Wetgeving is dan van belang als stimulator van het leervermogen van de bestuurlijke organisatie. Ook rechtspraak is niet alleen maar reactief. In de rechtspraak komen juist nieuwe probleempercepties naar voren en in de rechtszaal vindt een indirect, maar fundamenteel soort maatschappelijke discussie plaats waar het bestuur zijn voordeel mee kan doen. Voor

een optimalisering van de samenwerking is permanente zorg voor vergroting van het leervermogen bij het bestuur noodzakelijk. Corrigerend optreden door het bestuur wanneer de andere machten niet tot een goede belangenafweging komen is toelaatbaar, maar dan vooral als tijdelijke maatregel die tot een nieuw proces van wetgeving aanleiding moet geven.
Rechtsstatelijkheid vereist niet alleen belangenafweging door alle participanten in de rechtsvorming en een bestuur dat dit toelaat en stimuleert. Het bestuur moet de geboden van het machtsevenwicht serieus ter hand nemen en een krachtig, doorzichtig en controleerbaar bestuur willen zijn.

7.13 HET PRIMAAT VAN DE RECHTER

De stelling dat de rechter het primaat heeft bij het bevorderen van rechtsstatelijke kwaliteit is een gedachte die uit de common-lawlanden en vooral uit de Verenigde Staten is overgewaaid. Vooral in de Verenigde Staten bestaat er een zo groot traditioneel wantrouwen ten opzichte van wetgeving en bestuurlijke interventie, dat de rechter als vanzelf als kampioen van de vrijheid en de rechtvaardigheid in beeld verschijnt. In Nederland is het primaat van de rechter niet alleen afgeleid van deze ideeën en een aantal voorbeeldige beslissingen van het Supreme Court, maar ook beïnvloed door het sterke rechtsvormende optreden van de Europese rechters op het vlak van de mensenrechten en de Europese Unie. De rechter is in deze visie de hoeder van de grondrechten. Ook is de rechter met regelmaat degene die algemene belangen verwoordt waar wetgever en bestuur nog te weinig op zijn ingesteld en blijkt zelfs de Hoge Raad op te komen voor de belangen van zwakke groepen, zoals consumenten, kinderen en patiënten (Schellen 1983). Het primaat van de rechter leeft het sterkst in het privaatrecht, waar de rechter al vanouds vergaande technieken van rechtsvorming aandurft; tegenwoordig ook met regelmaat in politieke domeinen (zoals het familierecht). In het strafrecht staat men theoretisch weliswaar huiverig tegenover rechterlijke rechtsvorming, maar wordt dit praktisch als noodzakelijk geaccepteerd, ook in maatschappelijk sterk omstreden kwesties (zoals euthanasie). Ook in het bestuursrecht wordt het primaat van de rechter verdedigd (Brenninkmeijer (2001: 1191-1201) noemt de rechter een 'rechtgever', wat wel wat anders is dan de meer traditionele aanduiding 'wetgever- plaatsvervanger').

Het primaat van de rechter leidt tot een discursieve opvatting van het proces van rechtsvorming. Volgens Barendrecht (1992: 244) is de rechter op zijn minst gelijkwaardig aan de wetgever als het erom gaat "de stand van de rationele maatschappelijke discussie te meten". Voor Vranken (1995: 96, 141) is het recht een "discursieve grootheid", dus het "altijd voorlopige resultaat van een proces van meningsvorming en overtuiging"; de rechter is de instantie die bij uitstek geroepen is om de discursiviteit van het recht gestalte te geven in beslissingen en argumentaties. De meningen lopen overigens uiteen. Barendrecht vindt dat de wetgever scherpe normen moet stellen, omdat deze de rechter, beter dan vage normen, in staat stellen om op basis van de voortgaande maatschappelijke discussie tot een 'falsificatie' van die scherpe normen te komen en zo meer recht-

vaardigheid te bereiken; de wetgever is in deze Popperiaanse visie dus eigenlijk idealiter de leverancier van werkmateriaal voor het recht. Vranken heeft meer vertrouwen in het topische werken met open normen door de rechter, waarbij hij wel vindt dat beter gemotiveerd moet worden in zaken met een rechtsvormende betekenis. Hij is bovendien sterk relativerend over het vermogen van de wetgever om goed, dus praktisch bruikbaar, recht te scheppen waarin alle belangen zijn verdisconteerd. Zo is het naar de mening van Vranken voor de wetgever niet mogelijk door middel van (meta)regels de rechterlijke interpretatie te sturen.

Als theorie sluiten discursieve visies op rechtsvorming goed aan op het werken met kwaliteitsmaatstaven die uitdrukking geven aan rechtsstatelijke idealen, waar zij een voorkeur voor voortgaande deliberatie en oordeelsvorming mee delen. De discursieve visie op het primaat van de rechter gaat wellicht iets te veel uit van een harmoniemodel. Samenwerkende staatsmachten bereiken een win-winsituatie. Door hun werkzaamheden worden tevens de belangen van de maatschappij als geheel ('rechtvaardigheid') verdisconteerd (via de rationele meting van de maatschappelijke discussie). De voortgezette hermeneutische cirkelgang van de rechtspraak maakt niet alleen een voortdurende articulatie van belangen mogelijk, maar draagt ook de hoop in zich van de verenigbaarheid van die belangen of althans van een keuze die door een sluitende motivering als de juiste keuze kan worden gelegitimeerd. Is bij de leer van het materieel wetsbegrip het onderscheid tussen posities en bijbehorende taken van de staatsmachten te scherp, bij de discursieve visie op rechtspraak is het te vaag geworden. Vooral in privaatrechtelijke beschouwingen verdwijnt het bestuur geheel uit beeld. Wetgever en bestuur zijn daardoor in een black box verdwenen: de rechter is er pas in geïnteresseerd als de uitkomsten van wetgevende en bestuurlijke processen tot een rechtszaak aanleiding geven.

Van de wending naar rechtsstatelijkheid is daarom ook bij de rechtspraak een zekere winst te verwachten. Het streven naar optimaliseren van de samenwerking met wetgever en bestuur betekent dat constructief vormgegeven moet worden aan beginselen waar de verboden van de machtenscheiding een uitdrukking van zijn. Achter de befaamde stoelenbeeldspraak die de rechter verbiedt op de stoel van de wetgever of het bestuur plaats te nemen, schuilt de gedachte dat ook de rechter die naar eer en geweten zijn taak uitoefent, met macht bekleed is die begrensd moet worden om aanvaardbaar te zijn. Een rechter die ook wetgever en bestuurder is, is een dictator, ook als het om de verlichte dictatuur van het rechtsbewustzijn gaat. De rechter die aan dit verwijt wil ontkomen moet dus wetgever en bestuur de nodige armslag geven. In hoofdstuk 4 is al gesteld dat dit uiterst moeilijk is. Dat het niet onmogelijk is, blijkt uit de door de rechter ontwikkelde technieken van wetsuitleg. Happé (1999: 45-50) laat zien dat rechters er enerzijds niet voor terugschrikken discriminatoire fiscale wetgeving aan het gelijkheidsbeginsel van art. 26 IVBPR te toetsen. Anderzijds dat zij bovendien over mogelijkheden beschikken om bij de uitvoering van het vonnis de wetgever en het bestuur de vereiste speelruimte te gunnen om tot een eigen afweging te

komen over de manier van handelen die het discriminatoire effect ook voor toekomstige gevallen wegneemt. Daarbij kan de dreiging om als rechter zelf een oplossing te geven wanneer wetgever en bestuur in gebreke blijven, een stok achter de deur zijn. Het optimaliseren van de samenwerking loopt in dit voorbeeld vloeiend over in corrigerend optreden. Het is eigenlijk een creatieve omgang met checks en balances. Zo krijgt door een gerichtheid op machtsevenwicht ook het idee achter machtenscheiding gestalte.
Na de wending naar rechtsstatelijkheid is behalve het streven naar optimalisering van de samenwerking ook het streven naar correctie voor tekortschietende belangenafwegingen actueel. Juist een discursieve visie laat een vrijmoedig corrigerend optreden door de rechter toe, mits de belangenafweging van de rechter natuurlijk volgens alle regelen der kunst verloopt. Voor optimaliseren en corrigeren geldt echter dat de rechter de geboden van het machtsevenwicht moet zien waar te maken: rechtsvorming door interpretatie, volgen van de maatschappelijke discussie en peilen van draagvlak, openhouden van mogelijkheden voor toekomstig beleid en nieuwe wetgeving. Daarvoor is wel nodig dat de stem van de rechter niet alleen uit het vonnis spreekt. In een, meer op deliberatie ingestelde, rechtsstatelijke democratie is er niets op tegen en juist veel voor om de adviesmogelijkheden van de rechter te verruimen. Het is wenselijk dat rechters, vanuit hun specifieke deskundigheid als afwegers, zich in het openbaar uitspreken over voorgenomen wetgeving en beleid dat in ontwikkeling is. Dat betekent dat niet alleen, en zelfs niet primair, gedacht moet worden aan adviezen van de Hoge Raad. Afwegingsproblemen doen zich op elk niveau in de rechtspraak voor.

7.14 TOT SLOT

De wending van rechtsstaat naar rechtsstatelijkheid is in de eerste plaats een conceptuele vernieuwing. De traditionele discussies over de verhoudingen tussen de staatsmachten en over de relatie tussen democratie, recht en macht winnen door deze verandering van perspectief aan scherpte. Omdat democratische rechtsstatelijkheid een ideaal is dat zich niet alleen tot functionarissen in hun organisatorische verbanden richt, maar tot alle burgers, is er meer te kiezen en dus meer af te wegen. In de termen van de metafoor van “het huis van de rechtsstaat”: de oude woning ziet er anders uit en er komen nieuwe constructieve mogelijkheden in zicht die het huis beter bewoonbaar maken en beter aangepast aan veranderingen in het omringende landschap.

NOTEN

1 Over de euthanasiecasus, zie het onderzoeksverslag van Strijers ten behoeve van de WRR.
2 Een belangrijke methode die in de juridische traditie hiervoor ontwikkeld is, is het topische redeneren (Viehweg 1954).
3 Over inclusiviteit als politiek en maatschappelijk ideaal, zie Young (2000).
4 Een voorbeeld van deze benadering is Stoter (2000).
5 Voor een afwijkende visie die de rechter idealiseert en de wetgever denigreert, zie Kronman (1993: 119).
6 Van Gunsteren (1998: 53-58), Waldron (1999a: 155), Pettit (1997: 183-2000) en Bellamy (1999: 93-114).
7 Zie vooral Waldron (1999a en b) en Gutmann and Thompson (1996).
8 Over samenwerking en tegenwerking, zie: Witteveen (1991), De Waard (1994) en Happé (1999).
9 Over de terugtred-discussie, zie Derksen e.a. (1989). Over het materieel wetsbegrip, zie Vlies (1984).
10 Over procesmanagement als methode van besturen, zie De Bruijn (2000).

DEEL II

IN DE MACHT VAN DE RECHTSSTAAT

door: Bart van Klink
met een bijdrage van Peter Blok

8 RECHT EN MACHT

8.1 IDENTIFICATIE VAN RECHT EN MACHT

De semiotiek leert ons dat de woorden van een taal hun betekenis ontlenen aan de complexe relaties van overeenkomst en verschil die zij onderhouden met andere woorden uit die taal (vgl. De Saussure 1972). Wat een bepaald teken (bijvoorbeeld 'vrouw') inhoudt, kunnen we niet achterhalen door enkel te verwijzen naar het corresponderende object in de werkelijkheid, maar door het af te zetten tegen zowel verwante als verschillende tekens ('man', 'meisje', 'kindvrouw', 'wijf', 'manwijf', enzovoorts). Het is de inbedding in de differentiële structuur van een taal die betekenis mogelijk maakt. Ook voor het recht geldt – paradoxaal uitgedrukt – dat we pas weten wat het is, door te onderzoeken wat het niet is. De bekendste, en tegelijk ook de meest weerbarstige, tegenvoeter van het recht is macht. Montesquieu formuleert het in boek XIX van *De l'esprit des loix* kort en bondig: "La loi n'est pas un pur acte de puissance." [1] Op een indirecte, negatieve wijze maakt deze begripsbepaling duidelijk wat het recht is: het is in ieder geval geen 'zuivere machtsdaad'. Maar de vraag is dan in welke zin een machtsdaad zich van een rechtshandeling onderscheidt. En wat is de betekenis van de toevoeging 'pur' aan het begrip 'acte de puissance'? Betekent dat dat het recht, hoewel geen zuivere, toch wél een machtsdaad is? Of is het daarentegen een aansporing het recht zoveel mogelijk los te denken van macht? Nader onderzoek naar de precieze aard van de relatie tussen recht en macht is geboden. Uitgangspunt daarbij vormt de volgende stelling:

Voor een goed begrip van de betekenis van het recht in de rechtsstaat én van de rechtsstaat zelf is een onderzoek naar de conceptualisering van de verhouding tussen recht en macht in het vertoog van de rechtsstaat noodzakelijk.

Deze gangbare tegenstelling is van verschillende kanten onder kritiek gesteld. In zijn Pensées wijst Pascal (1998: 566) op het nauwe verband tussen recht ('la justice'[2]) en macht ('la force'):

"Si l'on avait pu, l'on aurait mis la force entre les mains de la justice. Mais comme la force ne se laisse pas manier comme on veut parce que c'est une qualité palpable, au lieu que la justice est une qualité spirituelle dont on dispose comme on veut, on l'a mise entre les mains de la force et ainsi on appelle juste ce qu'il est forcé d'observer."

Omdat het recht iets geestelijks is waarover men vrijelijk kan beschikken, heeft men het volgens Pascal in handen van de macht gelegd – in plaats van andersom – en noemt men 'recht' datgene waaraan men gedwongen wordt zich te houden. De zwaardkracht van de macht zorgt ervoor dat het recht "un véritable droit" wordt. Ook in de geschriften van het rechtsrealisme uit de eerste helft van de vorig eeuw en het hedendaagse werk van de *Critical Legal Studies Movement* wordt gewezen op de fundamentele vervlechting van recht en macht (vgl. resp. Arnold: 1938 en Kelman:1987). Deze vervlechting kan zowel negatief als positief

worden geduid. Enerzijds wordt gesteld dat het recht de bestaande machtsverschillen tussen met name arm en rijk, wit en zwart, man en vrouw in de samenleving weerspiegelt en helpt bestendigen. Recht is synoniem met symboolpolitiek: er worden mooie beloften in wetgeving vastgelegd, die niet bedoeld zijn om te worden waargemaakt, maar om het volk tevreden te houden. Anderzijds wordt het recht ook wel gezien als een machtsmiddel waarmee de bestaande ongelijke verhoudingen weer ongedaan gemaakt kunnen worden. Recht is dan een vorm van *social engineering*. Deze laatste opvatting staat bekend als 'instrumentalisme' (Schuyt 1991: 191-194).

Het is de ambitieuze inzet van het vertoog van de rechtsstaat de sterke identificatie van recht en macht, die niet alleen in de rechtswetenschap maar ook in de rechtspraktijk is ontstaan[3], weer te doorbreken. Recht onderhoudt, ook in de rechtsstaat, een *zeker verband* met macht, want de naleving ervan kan, zoals Pascal stelt, desnoods met de harde hard worden afgedwongen (onder meer via boetes, bestuursdwang of vrijheidsbeneming). Bovendien is het recht een van de instrumenten, naast beleidsvorming en feitelijk handelen, waarmee overheidsmacht wordt uitgeoefend. Maar tegelijk – zo wordt in rechtswetenschappelijke literatuur over de rechtsstaat keer op keer benadrukt – valt het er niet mee samen: het recht is ook een middel dat tegen blote machtsuitoefening kan worden ingebracht.[4] "De rechtsstaatsgedachte verwijst", aldus Van Wijk, Konijnenbelt en Van Male (1996: 40), "naar een stelsel van waarborgen tegen de overheid, met name tegen de uitvoerende macht". Volgens Kortmann (1997: 48) gaat het om grenzen, gesteld aan het optreden van de overheid. En De Jong (1998: 84), ten slotte, is van mening dat de rechtsstaatstheorie uitdrukking geeft aan een geheel van beginselen dat aan het recht ten grondslag behoort te liggen teneinde "overmatige machtsuitoefening te dempen". Recht en macht lijken zich dus tot elkaar te verhouden als leden van een familie: ze kunnen niet zonder elkaar, maar als ze te veel in elkaars gezelschap verkeren, ontstaan er onvermijdelijk problemen.

8.2 SCHEIDING VAN RECHT EN MACHT

In reactie op de al te resolute vereenzelviging van recht en macht zijn er binnen het vertoog van de rechtsstaat verschillende alternatieve visies ontwikkeld, die beide elementen weer geheel of gedeeltelijk van elkaar proberen te scheiden. Er kunnen grofweg twee posities worden onderscheiden. In het werk van dezelfde auteur kunnen beide posities op verschillende plaatsen worden betrokken, maar om analytische redenen worden zij hier afzonderlijk behandeld.

In de eerste positie wordt het recht in een absolute tegenstelling tegenover macht geplaatst. De oppositie die wordt geconstrueerd, is veelal niet tussen *feitelijk* recht en macht, want binnen dit feitelijke recht bevindt zich nog veel onzuivers, maar tussen gewenst of *ideaal* recht en macht. In zijn ideale betekenis is recht het tegendeel van en superieur aan macht. Deze positie komt onder meer tot uitdrukking in de veelgehoorde, hierboven aangehaalde opvatting dat het recht de

macht van de overheid aan banden legt. Het gaat hierbij niet zozeer om recht in algemene zin, als wel om recht dat voldoet aan rechtsstatelijke vereisten. Aan dit rechtsstatelijk gelegitimeerde recht liggen intrinsieke waarden ten grondslag, die erop gericht zijn de macht van de overheid in te perken of althans binnen de perken van de juridische bevoegdheden te houden (Schuyt 1991: 201).[5] Een vergelijkbare polariteit keert terug in Donners verklaring voor de verbindendheid van het overheidshandelen. Hij stelt dat aan een van de overheid afkomstige verplichting de belofte ten grondslag ligt dat de samenleving ermee is gediend: “doet dit en het zal (U, ons) goed gaan” (Donner 1987: 211). Deze ‘verbondsidee’ verleent naar zijn mening het recht “een zekere aura van heiligheid” en meerwaarde boven macht. Hoewel de, in het verbond besloten liggende, belofte in de praktijk vaak niet gestand wordt gedaan, zorgt de verbinding van gebod en belofte ervoor dat we het overheidshandelen als rechtmatig blijven beschouwen, en niet als een machtshandeling. Uit de beschrijving die Elzinga (1989) geeft van de ontwikkeling van de democratische rechtsstaat, blijkt eveneens de potentiële scheidbaarheid van recht in ideale zin en macht. Elzinga (1989: 51) ontkent niet dat het recht een machtselement kan bevatten, maar volgens hem neemt de betekenis daarvan af naarmate de rechtsnormen breder worden gedragen:

“Wanneer aanvaarding ontbreekt zijn statelijke rechtsnormen zuivere voorbeelden van het gebiedende vermogen van de staat – het machtselement in die rechtsnormen is maximaal. Wanneer rechtsnormen door de meeste rechtsgenoten worden aanvaard, geldt het klassieke woord van Montesquieu: ‘La loi n’est pas un pur acte de puissance.’”

Het gaat dus om een glijdende schaal, met aan het ene uiterste de volledige vereniging van recht en macht (bij algemene afwijzing van de rechtsnormen) en aan het andere uiterste de complete scheiding van beide elementen (bij algemene instemming met de rechtsnormen). Het principe dat vereniging en scheiding mogelijk maakt, is het consensusbeginsel. Wanneer rechtsnormen breed gedeeld worden, bestaat er minder noodzaak voor machtsuitoefening in de vorm van een strenge normstelling en dito handhaving.

De tweede positie bestaat eruit dat er geen absolute, maar een relatieve scheiding tussen recht en macht wordt geponeerd. Waar de eerste positie de relatie tussen recht en macht voornamelijk in termen van beheersing en overheersing concipieert – het recht bindt de macht aan maat en regel – gaat de tweede positie ervan uit dat het om een (min of meer) gelijkwaardige verhouding tussen twee elementen gaat, die elkaar wederzijds veronderstellen. Zoals Hirsch Ballin (1991b: 5) aangeeft, sluit recht macht niet uit: “als recht en macht op elkaar betrokken zijn, vormen zij juist een innerlijke eenheid.” Ook Populier (1991: 94) stelt: “De rechtsstaat wil macht niet elimineren, maar neemt het noodzakelijk bestaan van overheidsmacht juist als uitgangspunt.” Deze ‘innerlijke eenheid’ tussen recht en macht wordt door Foqué en ’t Hart (1990a: 84-128) aldus uitgewerkt (in navolging van Becceria), dat rechtsbescherming en instrumentaliteit onlosmakelijk met elkaar zijn verbonden. Rechtsbescherming is slechts mogelijk, indien er “een juridisch genormeerde, door het maatschappelijk verdrag gedragen maat-

schappelijke orde tot stand gebracht wordt waarbinnen het recht beschermend kan zijn" (Foqué en 't Hart 1990b: 201). Kort gezegd, het recht heeft macht nodig om zijn emancipatoire doelen te realiseren, terwijl macht recht vereist om legitiem te zijn. Wanneer op legitieme, met het recht verenigbare wijze, macht wordt uitgeoefend, verliest macht zijn dwangkarakter en wordt het 'omgevormd' tot gezag (Populier 1997: 95).

Deze conceptuele transformatie toont aan dat de tweede positie niet alleen een geïdealiseerd beeld van recht hanteert (evenals de eerste positie); wil het recht macht kunnen legitimeren, moet het zelf van onomstreden rechtsstatelijke kwaliteit zijn. Maar ook wordt duidelijk dat er (in tegenstelling tot de eerste positie) een geïdealiseerd beeld van macht aan ten grondslag ligt; het gaat immers om macht die ontdaan is van zijn negatieve en agressieve connotaties. Het effect van deze Hegeliaanse *Aufhebung* van macht tot het niveau van het ideale recht, is dat het absolute onderscheid tussen recht en macht enigszins wordt gerelativeerd of verzacht. Tegelijkertijd wordt er hiermee een nieuw, en wel degelijk absoluut en hard onderscheid geïntroduceerd tussen het ideale recht en macht als gezag aan de ene kant en macht als dwang of geweld[6] aan de andere. Na de 'innerlijke eenheid' tussen recht en macht bevestigd te hebben, schrijft Hirsch Ballin (1991b: 5):

"Wel sluit recht rechteloze macht (geweld) uit, dat wil zeggen macht die niet appelleert aan de persoonlijkheid van de leden van het samenlevingsverband, maar bepaalde gedragingen van hen afdwingt. Recht verenigt zich slechts met macht die aan de persoon niet vreemd blijft, maar juist tot macht-over-zichzelf wordt, d.w.z. vrijheid."

Dezelfde begripsmatige 'verdwijntruc' halen Nonet en Selznick uit, maar dan ten aanzien van de verhouding tussen recht en politiek. Om het verschil tussen *repressive law* en *responsive law* uit te leggen, koppelen ze dit begrippenpaar aan het onderscheid tussen *power politics* and *high politics:* "the fundamental difference between repressive and responsive law is what separates 'power politics', the raw conflict and accommodation of special interests, from 'high politics', the reasoned effort to realize an ideal of polity" (Nonet and Selznick 1987: 114). Niet ontkend wordt dus dat er ook recht in ideale zin (ofwel *responsive law*) verbandhoudt met politiek, maar het betreft dan een zachte, schone vorm van politiek bedrijven die gericht is op een gemeenschapsideaal en zich verre houdt van harde belangenstrijd en vieze machtsspelletjes. Wat beide posities verenigt, is de weigering om recht in relatie tot macht, in de zin van dwang of geweld, te denken; recht als een vorm van macht komt al helemaal niet in beeld. Het recht, zoals dat in een fatsoenlijke rechtsstaat gestalte krijgt, behoort de absolute tegenhanger te zijn van redeloze, rechteloze en gewelddadige machtsuitoefening. Maar waarin onderscheidt het recht zich eigenlijk van dergelijke 'blote' macht? Het is precies deze vraag die het vertoog over de rechtsstaat zijn bestaansgrond geeft, maar het tegelijk in potentie in zijn voortbestaan bedreigt.

8.3 PLAN VAN BEHANDELING

De bijzondere relatie tussen recht en macht verdient nadere aandacht, omdat vaak wordt verondersteld dat deze relatie de eigen aard van de rechtsstaat uitmaakt en hem onderscheidt van andere politieke, waaronder absolutistische en totalitaire stelsels (Hirsch Ballin 1989: 7; Populier 1997: 97; Schuyt 1991: 203 e.a.). Zoals in het vorige deel is uiteengezet, bestaat er een hele verzameling van juridische beginselen en kwaliteitseisen die willekeur in de machtsuitoefening door de overheid moeten tegengaan. In de rest van dit deel ga ik specifiek in op de rol die wetgeving in het vertoog van de rechtsstaat toebedeeld krijgt in het gesignaleerde spanningsveld tussen recht en macht. Andere middelen tot machtsbeperking, waaronder machtenspreiding en democratisering van de macht, komen alleen aan de orde voorzover deze verband houden met wetgeving. De rechtvaardiging van deze beperking ligt hierin, dat wetgeving in het vertoog van de rechtsstaat van oudsher en nog steeds een prominente rol krijgt toebedeeld bij het aan banden leggen van het overheidshandelen.

In het navolgende staan drie vragen centraal. Ten eerste: Welke opvattingen over de aard en de functie van wetgeving in de rechtsstaat zijn er ontwikkeld met het oog op, zowel de uitoefening als de beteugeling van overheidsmacht? Verondersteld wordt dat wetgeving zowel op rechtsbescherming als op instrumentaliteit is gericht, maar de vraag is op grond van welke kenmerken zij deze functies kan vervullen. Ten tweede: Welke betekennissen van recht en macht liggen aan deze opvattingen ten grondslag? In het voorafgaande is alleen de formele structuur van de verhouding tussen beide begrippen verhelderd, maar deze begrippen dienen vervolgens ook nader inhoudelijk te worden ingevuld. En ten derde: hoe overtuigend zijn deze opvattingen? Ofwel: slaagt het rechtsstaatsdenken (in de klassieke en de sociale variant) erin de sterke identificatie tussen recht en macht te doorbreken? Dit zijn geen louter theoretische kwesties, want voor de legitimatie van de hedendaagse rechtsstaat is een bevestigend antwoord op die laatste vraag van cruciaal belang.

Omdat het ondoenlijk is volledig of zelfs maar representatief te zijn, concentreer ik mij op enkele centrale posities in de omvangrijke literatuur over de rechtsstaat die van belang zijn voor een beter begrip van onze huidige rechtsstaat en van de legitimiteitscrisis waarin deze zich, volgens sommige auteurs (onder wie Habermas 1993: 109-112), zou bevinden.

Om te beginnen wordt in hoofdstuk 2 de klassieke rechtsstaatsidee, zoals die in de dogmatiek van het hedendaagse Nederlandse staats- en bestuursrecht wordt weergegeven, uiteengezet. Wanneer in dit deel sprake is van ‘het vertoog van de (klassieke en sociale) rechtsstaat’ of ‘het rechtsstaatsdenken’, dan wordt primair gedoeld op de normatief geladen beelden die van de rechtsstaat zijn geconstrueerd in de Nederlandse rechtswetenschappelijke dogmatiek.[7] Volgens het gangbare beeld biedt de wet de grondslag voor het (beperkte) overheidsoptreden in de klassieke rechtsstaat. De vraag is waaraan de wet – een papieren document met

regels die door een kleine groep mensen zijn opgesteld en die bij de (overgrote) rest van de bevolking vaak weinig of geheel niet bekend zijn – deze centrale plaats te danken heeft.

Vervolgens wordt in hoofdstuk 3 getoond, hoe de opvattingen over de aard en functie van wetgeving met de opkomst van de verzorgingsstaat zijn veranderd. De staatstaak neemt aanzienlijk toe en daarmee de verwachtingen omtrent de rol van de wetgever. De rechtsstaat raakt in een crisis, omdat veel overheidsoptreden plaatsvindt met geen of slechts een vage wettelijke grondslag. Wetgeving lijkt te zijn verworden tot een zuiver machtsinstrument, dat om het even welk doel ingezet kan worden. Om deze crisis te bezweren (en dus de ontstane binding van recht met macht weer te doorbreken) zijn er verschillende strategieën bedacht, waaronder de in het vorige deel beschreven wending naar rechtsstatelijkheid. Waartoe deze laatste strategie in concreto leidt, wordt getoond in hoofdstuk 4 aan de hand van de casus van de Wet Persoonsregistraties, waarin verschillende alternatieve sturingswijzen samenkomen. Hoofdstuk 5 gaat specifiek over de communicatieve benadering van wetgeving, in welk verband twee alternatieven voor instrumentele sturing aan de orde komen: symboolwetgeving en communicatieve wetgeving.

In het laatste hoofdstuk van dit deel komt de vraag aan de orde, in hoeverre de verschillende posities in het vertoog van de rechtsstaat er op een overtuigende manier in zijn geslaagd recht en macht van elkaar te scheiden. Een alternatieve visie op de verhouding tussen recht en macht wordt gepresenteerd. Hierbij komen ook de normatieve implicaties van deze alternatieve visie aan de orde.

NOTEN

1 In het navolgende geef ik geen eigen interpretatie van de vaak aangehaalde uitspraak van Montesquieu, maar laat ik zien hoe deze nadien is uitgelegd in het vertoog van de klassieke rechtsstaat.

2 'Justice' heeft in het Frans verschillende betekenissen (waaronder 'recht', 'rechtvaardigheid' en 'justitie'). Ik volg hier de Nederlandse vertaling van De Graaff (Pascal 1997: 38).

3 Zie verder hierover deel II, paragraaf 3.3.

4 Aan het paradoxale karakter van deze claim heeft Kelsen (1994: 116-128) een indringende beschouwing gewijd.

5 De machtskritische visie die Peters (onder meer 1972) heeft ontwikkeld ten aanzien van het strafrecht, getuigt van eenzelfde opvatting.

6 Populier (1997: 94) spreekt van 'ongecontroleerde macht'.

7 De vraag naar het 'realiteitsgehalte', ofwel de empirische juistheid, van deze beelden laat ik hier gemakshalve rusten. Het gaat mij vooral om de conceptuele houdbaarheid van de rechtsstaatsidee.

9 DE HEERSCHAPPIJ VAN DE WET

9.1 VAN MACHTSSTAAT TOT RECHTSSTAAT

Historisch gezien is de rechtsstaatsidee ontstaan uit het verzet tegen de idee van de machtsstaat. Elzinga (1989: 45-47) beschrijft de ontwikkelingsgang naar onze hedendaagse rechtsstaat in termen van een voortdurend streven naar machtsreductie door en in het recht. Als nulpunt van deze imaginaire geschiedenis fungeert de absolute, 'primitieve' middeleeuwse staat. In de absolute staat, zo wordt verondersteld, heeft de heerser (de vorst) welhaast onbeperkte macht. Hij kan vrijelijk over het recht en de rechtsonderhorigen beschikken en hoeft niets tegen zich te laten gelden. Alleen de adel vormt in deze eerste fase van staatsontwikkeling een tegenmacht van enige betekenis (vgl. ook Westerman 1989). Als de invloed van de adel afneemt, krijgt in een volgende fase de tegenmacht voornamelijk een geestelijk karakter. Er worden op theoretisch niveau algemene principes van goddelijk recht en natuurrecht ontwikkeld, waaraan elke heerser zich zou moeten onderwerpen. In de praktijk laat de vorst zich echter hieraan weinig gelegen liggen. Aangezien de vorst zelf de schepper van recht en macht is, staat hij boven de wet en kan hij deze ook niet schenden (Burkens e.a. 1997: 9). Kenmerken van de machtsuitoefening gedurende het *ancien régime* zijn derhalve dat de machtsuitoefening persoonlijk van aard is, ofwel geconcentreerd is in de persoon van de vorst, en dat deze betrekkelijk ongebonden is; de vorst gebruikt het recht als instrument om zijn onderhorigen op allerlei manieren te binden (bijvoorbeeld via belastingheffing), maar hij is er zelf niet aan gebonden.

De machtsstaat blijkt in zijn absolute vorm niet houdbaar. Met de Verlichting neemt de behoefte toe aan een rationeel gelegitimeerde staat die op rationeel verantwoordbare wijze macht uitoefent (Populier 1997: 47). Er doen zich in West-Europa verschillende ontwikkelingen voor, die Elzinga als volgt samenvat: Ten eerste vindt er een ontpersoonlijking van de statelijke macht plaats. Niet langer komt macht toe aan de persoon maar aan het orgaan. In landen waar het koningschap zich handhaaft, wordt de macht van de vorst ingebed in een breder verband met andere staatsorganen. Ten tweede wordt in toenemende mate de ontoereikendheid gevoeld van de geestelijke binding van de vorstelijke macht aan de al te vage beginselen van goddelijk recht en natuurrecht. In plaats daarvan komt de (niet minder geestelijke) binding aan het door de staat gepositiveerde recht. De wet wordt geacht vrijheid en bescherming te bieden. Macht moet voorspelbaar worden. De eerste kiemen waaruit zich later de rechtsstaat zal ontwikkelen, worden zichtbaar: het vereiste van een wettelijke grondslag, de spreiding van machten, de voorzienbaarheid van het statelijk handelen, enzovoorts. Deze ontwikkeling leidt in de West-Europese landen tot verschillende uitkomsten. Er is evenwel een gemeenschappelijk kenmerk aan te wijzen: getracht wordt zoveel mogelijk de machtsuitoefening door de staat aan het recht te binden. Macht verdwijnt daarmee niet, maar krijgt een andere gedaante: "Blote macht is formeel rechtsmacht geworden" (Elzinga 1989: 47).[1]
In hoeverre dit overzicht-in-vogelvlucht van de ontwikkeling naar de rechtsstaat

historisch en theoretisch adequaat is (daar valt nog het nodige op af te dingen), doet hier niet ter zake.[2] Vanuit retorisch oogpunt kan het worden beschouwd als een noodzakelijke fictie, die de legitimatie van zowel de rechtsstaat als het rechtswetenschappelijke denken hierover zeker stelt. Het is een optimistisch verhaal over voortgang en vooruitgang, dat tegelijk de historische onvermijdelijkheid en de wenselijkheid van de opkomst van de rechtsstaat moet aantonen. In de rechtsstaat wordt getracht de vereenzelviging van recht en macht die in de absolute staat wordt verondersteld te hebben plaatsgevonden, te doorbreken. Het schrikbeeld is de primitief-middeleeuwse voorstelling van een almachtige heerser die naar willekeur handelt. Welk alternatief de klassieke-rechtsstaatsidee daartegenover stelt, komt in het onderstaande aan de orde. In het bijzonder wordt ingegaan op de speciale plaats die de wet in dit vertoog inneemt. Uitgangspunt daarbij is de volgende stelling:

Bij de conceptualisering van de verhouding tussen recht en macht in het vertoog van de klassieke rechtsstaat neemt wetgeving een cruciale plaats in. De wet fungeert als een buffer hetzij tegen macht hetzij tussen recht en macht. De wet kan deze functie vervullen, niet zozeer vanwege inhoudelijke als wel formele kwaliteiten (met name de algemeenheid van de wet en de democratische wijze van totstandkoming).

De wet is niet het enige middel dat ter beperking van blote machtsuitoefening in de klassieke rechtsstaat wordt ingezet, maar wordt – in combinatie met spreiding van machten, democratisering van hun samenstelling en codificatie van grondrechten – wel beschouwd als het instrument dat daartoe bij uitstek geëigend is.

9.2 DE KLASSIEKE-RECHTSSTAATSIDEE

Wat de staat onderscheidt van andere organisatievormen, is dat erbinnen van het recht gebruik wordt gemaakt. Volgens een gangbare omschrijving is de staat de organisatie van een gemeenschap die de taak heeft, recht tot gelding te brengen. Niet elke staat die zich bedient van het recht, mag zich evenwel 'rechtsstaat' noemen. (Ook voormalige communistische regeringen voorzagen zichzelf graag van dit keurmerk.) Populair gezegd, de staat moet er wel wat voor doen. Het gaat er om, zoals Hirsch Ballin (1991b: 71) aangeeft, dat het door een bevoegd orgaan vastgestelde recht ook daadwerkelijk wordt verwezenlijkt. Dat is alleen mogelijk, wanneer de rechtsorde wordt aanvaard door de gemeenschap. Een voorwaarde voor die aanvaarding is dat in de rechtsorde mensen niet als een middel tot een extern bepaald doel worden behandeld, maar als een waarde in zichzelf. Het recht dient "de waardigheid van de mens in de ordening van het maatschappelijk leven" te erkennen (Hirsch Ballin 1991b: 72). De klassieke rechtsstaatsidee kan worden gezien als een uitwerking van dat fundamentele uitgangspunt.

In de klassieke, ook wel als 'liberaal' gekenschetste, idee van de klassieke rechtsstaat staat de vrijheid van de burger voorop. In de absolute staat, zoals hierboven beschreven, kon de burger niet vrij zijn, aangezien hij was onderworpen aan de

willekeur van de heerser, die zelf aan niets of niemand onderworpen was. Vrijheid wordt in de klassieke rechtsstaat begrepen in negatieve zin, als de afwezigheid van dwang. Negatieve vrijheid is, in de woorden van Berlin (1969: 122), het antwoord op de vraag: "What is the area within the subject – a person or group of persons – is or should be left to do or be what he is able to do or be, without interference by other persons?" De klassieke rechtsstaat is erop gericht, dit vrije domein van de burger te beschermen en hem te vrijwaren van de dwang van willekeurige overheidsbemoeienis. Hiermee wordt tegelijk erkenning gegeven aan – een bepaalde, individualistische en niet-paternalistische opvatting over – de waardigheid van de mens. De mens moet tot op grote hoogte zelf zijn leven naar eigen goeddunken kunnen inrichten; daarmee mag de overheid zich niet bemoeien, zolang de vrijheid van anderen tenminste niet in het geding is.

Van de klassieke-rechtsstaatsidee maken verschillende beginselen deel uit die tot doel hebben de vrijheid van de burger te beschermen en de macht van de overheid te beperken. Centraal staat het legaliteitsbeginsel, dat in de eerder aangehaalde omschrijving van Hirsch Ballin (1991b: 74) inhoudt dat "aan de vrijheid van de burger (...) door de overheid geen andere beperkingen [mogen] worden gesteld dan die welke in voor allen gelijkelijk geldende, door de volksvertegenwoordiging aanvaarde wetten zijn neergelegd."[3] Het beginsel zegt niets over de inhoud van de wet, maar stelt uitsluitend formele eisen hieraan: de wet moet algemene rechtsregels bevatten en goedgekeurd zijn door het parlement. De wetgever mag dus geen beslissingen in concrete gevallen nemen; daartoe is alleen het bestuur gemachtigd. Omgekeerd, mag het bestuur niet eigenmachtig rechten en plichten voor de burgers in het leven roepen, maar kan dat enkel doen op basis van een voorafgaande wet. De onafhankelijke rechter controleert of het bestuur de wet juist heeft toegepast. Door voor het bestuurshandelen een wettelijke grondslag te verlangen, worden burgers beschermd tegen willekeur. Bovendien ontstaat er rechtszekerheid: de burger weet van tevoren waaraan hij zich te houden heeft tegenover de overheid (Oldenziel 1998: 27).

Uit het aldus omschreven legaliteitsbeginsel kunnen nog drie andere beginselen van de klassieke rechtsstaat worden afgeleid. Om te beginnen is er het democratiebeginsel, volgens welke, wetten door het volk of door een afvaardiging van het volk dienen te worden bekrachtigd. In ons land is het beginsel aldus uitgewerkt dat de volksvertegenwoordiging, verenigd in de Staten-Generaal, bij meerderheidsbeslissing algemene rechtsregels vaststelt. Het democratiebeginsel omvat niet alleen een besluitvormingsprocedure; het brengt ook mee dat bestuurders over de uitgeoefende macht verantwoording moeten afleggen aan (de vertegenwoordigers van) het volk (Witteveen 1996: 231).

Hiermee hangt, vervolgens, samen het beginsel van machtenspreiding of trias politica. De trias politica biedt een organisatorisch kader waarbinnen vertegenwoordiging en verantwoording op zinvolle wijze kunnen plaatsvinden. In een rechtsstaat dient de staat in ieder geval zorg te dragen voor de functies van wetgeving, bestuur en rechtspraak. De organisatie van deze functies moet zodanig

zijn ingericht dat gebundelde machtsuitoefening (ofwel tirannie) wordt voorkomen en de vrijheid van de burger optimaal wordt beschermd. Dat kan geschieden, enerzijds via het model van machtenscheiding, waarbij de drie functies aan verschillende organen worden opgedragen; anderzijds via het model van machtenscheiding, volgens welke de organen met elkaar samenwerken en elkaar controleren bij de uitvoering van de hun toebedeelde functies (Witteveen 1991 en 1996: 258-279). In het Nederlandse politieke bestel zijn elementen van beide modellen zichtbaar. De functies van wetgeving, bestuur en rechtspraak zijn over verschillende organen verdeeld, maar tegelijk werken deze organen ook met elkaar samen. Regering en Staten-Generaal zijn bijvoorbeeld gezamenlijk verantwoordelijk voor de wetgeving.

Ter bescherming van de individuele vrijheid is het, ten slotte, van belang dat klassieke grondrechten worden erkend en gewaarborgd. Klassieke grondrechten zijn individuele vrijheidsrechten met een afweerkarakter: de burger krijgt een vrijheidssfeer toegekend waarin andere burgers niet mogen treden, laat staan de overheid. Hierbij kan onder meer worden gedacht aan de in onze Grondwet vastgelegde vrijheden van meningsuiting, drukpers, vergadering, onderwijs en godsdienst. Deze grondrechten gelden niet absoluut: de vrijheid van de een houdt op daar waar er inbreuk wordt gemaakt op de vrijheid van de ander. Zo zal nachtelijk geschreeuw op straat niet verdedigd kunnen worden met een beroep op de vrijheid van meningsuiting. Ingevolge het legaliteitsbeginsel mag de overheid individuele vrijheidsrechten alleen bij wet beperken.

De eerste drie beginselen geven aan hoe de machtsuitoefening door de overheid aan banden kan worden gelegd: in wetgeving worden algemene rechtsregels opgenomen, die door (representanten van) het volk zijn vastgesteld; het bestuur voert de regels uit en legt hiervan verantwoording af aan het volk of de volksvertegenwoordiging; de rechter controleert het bestuurshandelen; en de machten worden zodanig verdeeld dat de functies van wetgeving, bestuur en rechtspraak niet in een hand komen te liggen. Waartoe de aldus beteugelde macht vervolgens aangewend dient te worden, komt tot uitdrukking in het laatste beginsel. De overheid dient ervoor zorg te dragen dat er niet getreden wordt in de vrijheidssfeer van de burger. In de klassieke, liberale rechtsstaat heeft de overheid een beperkte taakopvatting: zij houdt zich primair bezig met vraagstukken van openbare orde en veiligheid. Van belang is vooral de bescherming van vrijheid en eigendom. Voor het overige wordt er vertrouwd op de werking van de vrije markt, waar partijen in het najagen van hun individuele belangen – als door een onzichtbare hand geleid – tegelijkertijd het algemene belang dienen. Wetgeving heeft, in de terminologie van Geelhoed (1983: 6), een ordenende functie. Het overheidsoptreden is erop gericht, de maatschappelijke betrekkingen soepel te laten verlopen. Verondersteld wordt bovendien dat wetgeving primair een codificerend karakter heeft: de wet is de neerslag van de in de maatschappij algemeen aanvaarde normen en waarden (Koopmans 1970: 223).[4] Van feitelijke verschillen tussen burgers in termen van kennis, macht en inkomen wordt geabstraheerd; voor de wet is eenieder gelijk.

9.3 DE WET ALS WAARBORG

In de klassieke rechtsstaat staat de bescherming van de burger tegen de overheid voorop. De vrijheid van het individu is de hoogste waarde. Als meest bedreigend voor de individuele vrijheid wordt het eigenmachtig optreden van bestuur en rechter beschouwd. Ter beperking van de macht van beide machten dient hun handelen zoveel mogelijk onder de heerschappij van de wet te worden gebracht. Het bestuur mag enkel op grond van, en strikt binnen het kader van, een voorafgaande wet rechten en plichten voor de burger in het leven roepen. De rechter is niet gemachtigd zelf recht te scheppen of buiten de wet om recht te vinden, maar toetst alleen de bestuurlijke toepassing van de wet op wetmatigheid; aldus vertolkt de rechter de stem van de wet. De enige beperking die aan het handelen van de wetgever wordt gesteld, is dat de door hem uitgevaardigde regels algemeen van aard dienen te zijn. Het wantrouwen jegens bestuur en rechter en het omgekeerd evenredige vertrouwen in de wetgever vinden hun oorsprong in het gedachtegoed van de Franse Revolutie. De theoretische onderbouwing hiervoor is met name te vinden in *Du contrat social* van Rousseau, waarin de wet wordt opgevat als uiting van de algemene volkswil (de "volonté générale"). Voor de verdere uitwerking van de verhouding tussen de machten is Montesquieus *De l'esprit des loix* van groot belang geweest (zie Böhtlingk en Logemann 1964: deel A; Böhtlingk 1958: 3-6).[5]

De wet speelt een cruciale rol bij het aan banden leggen van macht in het vertoog van de klassieke rechtsstaat. Zoals Stout (1994: 18) aangeeft, "is [de liberale rechtsstaat] als het ware vanuit de wetgever opgebouwd." Algemeen wordt het legaliteitsbeginsel beschouwd als het centrale klassiek-rechtsstatelijke beginsel, waaruit de andere drie beginselen (democratiebeginsel, trias politica en grondrechten) afgeleid kunnen worden. De legitimiteit van het overheidsoptreden staat gelijk aan de legaliteit, ofwel de herleidbaarheid ervan tot een wettelijke grondslag. Als wetgeving op basis van een juiste, formeel voorgeschreven besluitvormingsprocedure tot stand is gekomen, zijn het bestuur en de rechter hieraan onvoorwaardelijk gebonden. Hoewel de wet is onderworpen aan 'hoger' recht, wordt zij geacht per definitie rechtmatig te zijn. De klassieke rechtsstaat wordt daarom ook wel – enigszins denigrerend – aangeduid als 'wettenstaat' (Populier 1997: 55).

De vraag is waaraan de wet haar geprivilegieerde status als waarborg tegen ongebreidelde machtsuitoefening te danken heeft. Dit heeft niet, of niet primair, te maken met eventuele inhoudelijke kwaliteiten van de wet, zoals het rechtvaardigheidsgehalte ervan. Het zijn daarentegen vooral formele kwaliteiten die de heerschappij van de wet in de klassieke-rechtsstaatsidee kunnen verklaren, te weten de wijze van totstandkoming en de vorm van de wet. De wijze van totstandkoming verwijst naar het democratiebeginsel: wetgeving wordt gemaakt door het volk of door vertegenwoordigers van het volk. Volgens Rousseau (1975: 247) ontstaat er vrijheid in zedelijke zin, wanneer alle burgers participeren in het proces van wetgeving. De wet is dan niet langer een bevel van hogerhand, maar

een uitdrukking van de algemene wil waaraan iedereen mede heeft vormgegeven. Als je je houdt aan de wet, doe je wat je eerder gezegd hebt te willen. En doen wat je wilt, is toch de ultieme vrijheid? Houdt de burger zich niet aan de wet, dan kan hij daartoe door het collectief gedwongen worden; wat, aldus Rousseau, neerkomt op hem dwingen vrij te zijn. Het wetgevingsproces maakt autonomie in de zin van Kant (1991: 59-66) mogelijk op collectief niveau: de burgers bepalen zelf in onderlinge discussie wat zij als het algemeen belang zien. Autonomie is in de klassieke rechtsstaat de tegenhanger van de heteronomie van absoluut koningschap of totalitaire staten (Van Schooten-van der Meer 1997: 15).

De formele, democratische wetgevingsprocedure kan, behalve in de idee van vrijheid of autonomie, ook nog gefundeerd worden in termen van deliberatie of publieke meningsvorming.[6] De idee van publieke meningsvorming gaat terug op Aristoteles' doctrine van de wijsheid van velen (vgl. Waldron 1999: 93-117). Volgens deze doctrine nemen mensen met elkaar, hoewel ieder individu op zichzelf minder verstandig is dan de wijste persoon, als ze verzameld zijn in een lichaam dat tot collectieve besluitvorming in staat is, betere en slimmere beslissingen. Terwijl de wijste persoon alleen bij zichzelf te rade kan gaan, kan het collectief profiteren van de kennis, de ervaring en het oordeelsvermogen van ieder individu. Om echter te voorkomen dat de discussie eindeloos doorgaat, is het noodzakelijk dat er op een bepaald moment wordt gestemd. De regel die een einde van het debat mogelijk maakt, is beslissen bij meerderheid van stemmen. Aangezien consensus veelal niet bereikt kan worden, is de regel dat de stem van de meerderheid de doorslag geeft, niet alleen een effectieve, maar vooral ook een rechtvaardige beslissingsprocedure.[7]

De tweede, en minstens even belangrijk geachte, meerwaarde van de wet is gelegen in de algemeenheidseis waaraan zij moet voldoen. Deze eis houdt in dat de wetgever enkel algemene rechtsregels mag uitvaardigen. De algemeenheid van de in de wet vervatte rechtsregels kan op vier verschillende manieren worden uitgelegd (Böhtlingk en Logemann 1966: 19-20):

a) algemeenheid naar plaats: de rechtsregel moet *overal* – althans binnen het gehele rechtsgebied waarover de wetgever jurisdictie heeft – gelden;
b) algemeenheid naar tijd: de rechtsregel moet vanaf zijn inwerkingtreding *altijd* gelden;
c) algemeenheid naar rechtssubject: de rechtsregel moet voor *een ieder* gelden, ofwel de in de regel genoemde personen mogen niet bij voorbaat identificeerbaar zijn;
d) algemeenheid naar rechtsfeit (ook wel 'abstractheid' genoemd): de rechtsregel moet meermaals toegepast kunnen worden, dat wil zeggen het rechtsfeit waarop de regel betrekking heeft, moet een *altijd herhaalbaar* feit zijn.

Al deze betekenissen van algemeenheid zijn van belang voor de beteugeling van de macht van de overheid, inclusief de wetgever. De wetgever mag niet buiten zijn territoir regels stellen, maar ook binnen zijn territoir geen verschillende juridische regiems hanteren (zoals wanneer hij verschillende belastingstelsels zou invoeren voor verschillende provincies). Wetgeving dient bovendien bestendig

te zijn en dus niet voortdurend te worden gewijzigd of ingetrokken. Daarnaast mag de wetgever geen regels opstellen die op unieke, van tevoren te bepalen personen of situaties betrekking hebben (bijvoorbeeld: "Als meneer Jansen harder dan 120 kilometer per uur op de snelweg rijdt, wordt hij gestraft met een boete van de eerste categorie").

De algemeenheidseis is, ten eerste, gebaseerd op de gedachte van Rousseau dat de wet als algemene wil de menselijke rede vertolkt. Wat redelijk is, dient voor iedereen, altijd en overal te gelden. Ten tweede vloeit zij voort uit de constitutioneel gewaarborgde spreiding van machten, waarvoor Montesquieu heeft geijverd. Onder verwijzing naar Schmitt stellen Böhtlingk en Logemann dat een zuiver formeel wetsbegrip, volgens welke elk product van de wetgever 'wet' heet, leidt tot een vermenging van de functies van wetgeving, bestuur en rechtspraak. In plaats van de heerschappij van de wet komt er een heerschappij van de wet*gevingsinstantie*. De binding aan de wet wordt daarmee een illusie.

"Ein bloß formaler Gesetzesbegriff: Gesetz ist das, was die gesetzgebenden Stellen im Wege des Gesetzgebungsverfahrens anordnen, würde aus der Herrschaft des Gesetzes einen Absolutismus der Gesetzgebungsstellen machen und jede Unterscheidung von Gesetzgebung, Verwaltung und Justiz beseitigen. Wenn das heute geltendes Verfassungsrecht wäre, so hätte der ganze rechtsstaatliche Kampf gegen den Absolutismus des Monarchen damit geendet, daß an die Stelle des monarchischen Absolutismus der vielköpfige Absolutismus der jeweiligen partiepolitischen Mehrheit getreten wäre. (...) Herrschaft des Gesetzes bedeutet vor allem in erster Linie, daß der Gesetzgeber selbst an sein Gesetz gebunden ist und seine Befugnis zur Gesetzgebung nicht das Mittel einer Willkürherrschaft wird. Die Bindung des Gesetzgebers an das Gesetz ist aber nur so lange möglich, als das Gesetz eine Norm mit gewissen Eigenschaften ist: Richtigkeit, Vernünftigkeit, Gerechtigkeit usw. Alle diese Eigenschaften setzen voraus, daß das Gesetz eine generelle Norm ist. Ein Gesetzgeber, dessen Einzelmaßnahmen, Spezialanweisungen, Dispense und Durchbrechungen ebenso als Gesetze gelten, wie seine generellen Normierungen, ist in keiner denkbaren Weise an sein Gesetz gebunden." (Schmitt 1954: 151-152, geciteerd in Böhtlingk en Logemann 1966: 22)

Teneinde een dergelijk (monarchistisch of democratisch) absolutisme te voorkomen, gelden alleen algemene rechtsregels afkomstig van de wetgever als wetgeving. Krachtens het materiële wetsbegrip dat in de klassieke rechtsstaat wordt gehanteerd, is uitsluitend de wetgever gemachtigd algemene rechtsregels uit te vaardigen, voorzover deze de burgers iets gebieden of verbieden. Ingrepen in de rechten en plichten van burgers die hun vrijheid en eigendom raken, vereisen een wettelijke grondslag. Buiten dit wetsbegrip vallen interne regelingen die de organisatie van de overheid betreffen; regelingen waarin de overheid als privaatrechtelijk rechtspersoon optreedt; alsmede naar buiten werkende regelingen waarin geen rechten en plichten voor de burger zijn opgenomen, maar die bijvoorbeeld een aanspraak jegens de overheid vestigen (zoals subsidieregelingen). Deze regelingen behoeven geen wettelijke grondslag en kunnen derhalve door het bestuur vrijelijk worden uitgevaardigd, gewijzigd of ingetrokken.

Ten derde vloeit de algemeenheid van de wet volgens Böhtlingk en Logemann (1966: 24) voort uit het feit dat vrijheidsrechten mensenrechten zijn; het zijn

rechten die aan alle mensen toekomen vanwege hun menszijn. De wetgever mag deze rechten alleen beperken bij algemene, voor een ieder zonder aanzien des persoons geldende regeling. Ten slotte, en 'ten overvloede', volgt de algemeenheidseis uit het gelijkheidsbeginsel: iedereen wordt in dezelfde situatie op dezelfde manier behandeld (gelijkheid voor de wet). Zoals Böhtlingk en Logemann aangeven, bestaan er vanuit het oogpunt van rechtsgelijkheid geen unieke situaties. De algemeenheid van de wet is een garantie voor gelijke behandeling (Scheltema 1989: 23).

Wat de klassieke rechtsstaat dus met name onderscheidt van de absolute machtsstaat is dat algemene, democratisch tot stand gekomen wetten er de dienst uitmaken. Er is een "Government of *law*, not of men" (Locke 1963: 159), waarbij law voornamelijk in de beperkte zin van (formele) wet moet worden begrepen.[8] De algemeenheid van de wet staat ervoor garant dat de ingrepen van de overheid niet willekeurig zijn. Rechtsregels worden voor iedereen in vergelijkbare situaties op dezelfde manier toegepast. Dat maakt rechtszekerheid, vertrouwen op het recht, mogelijk. Doordat de wet democratisch tot stand is gekomen, verschaft zij legitimatie aan het optreden van de overheid. Beperking van de vrijheid van burgers is alleen gerechtvaardigd, voorzover de wet daartoe van tevoren de bevoegdheid verleent. De wet biedt het kader voor overheidsoptreden en begrenst daarmee tegelijk de mogelijkheden tot overheidsoptreden.[9] Voorwaarde hierbij is wel dat de wetgever de bevoegdheden tot eenzijdig optreden van de overheid scherp en limitatief omschrijft. Het bestuur dient vervolgens bij de toepassing van de algemene wet op concrete gevallen zich strikt binnen het wettelijke kader te houden. Als sluitstuk van het bouwwerk fungeert de rechter, die erop toeziet dat het bestuur inderdaad binnen dit kader blijft. Hier blijkt goed hoezeer het legaliteitsbeginsel, dat de heerschappij van de wet proclameert, en het beginsel van machtenspreiding, dat een scenario biedt voor de vervaardiging en verdere uitvoering van de wet, met elkaar zijn verbonden.

9.4 IN NAAM DER WET

Langzaam begint duidelijk te worden op welke wijze recht en macht van elkaar worden gescheiden in het vertoog van de klassieke rechtsstaat. Tegenover de rechtsstaat wordt de machtsstaat geplaatst, waarin de heerser vrijelijk over have en goed van zijn onderdanen kan beschikken. Eerder is gesteld dat machtsuitoefening in de absolute staat, ten eerste, persoonlijk van aard is: zij gaat uit van de persoon van de heerser. Het is een mens (de heerser) die macht uitoefent over andere mensen (de onderdanen). Deze macht is, ten tweede, ongebonden. De heerser is op geen enkele wijze verplicht, aanspraken die voortvloeien uit zijn eigen handelen of door hem zelf gevestigd recht of uit ander (gewoonte- of hoger) recht te honoreren. Hij is aan niets of niemand verantwoording schuldig en doet gewoon waar hij zelf zin in heeft. Hieraan kan worden toegevoegd dat de machthebber, ten derde, zijn macht met niemand hoeft te delen; het is ongedeelde macht. Dat wil zeggen, de functies van wetgeving, bestuur en rechtspraak liggen in een hand. Als er verschillende organen voor wetgeving, bestuur en recht-

spraak bestaan, staan zij alle onder het directe bevel van de machthebber. Hij geeft opdrachten die zonder tegenspraak opgevolgd dienen te worden. En, ten vierde, is de machtsuitoefening niet afhankelijk van de instemming van de ondergeschikten. De heerser is ook niet geïnteresseerd in de mening van het volk. Ongeacht hun wil, moeten de onderdanen gehoorzamen aan de wensen van de heerser.

Op grond van deze karakteristiek kan macht, in de context van de absolute staat, worden omschreven als de persoonlijke, ongebonden, ongedeelde heerschappij die de machthebber uitoefent over zijn onderdanen, ongeacht of zelfs tegen hun wil. Het is het vermogen om onvoorwaardelijk en onbeperkt over het leven en het eigendom van een ander te beschikken. Alles wat iemand aan capaciteiten en bezittingen heeft, valt onder de zeggenschap van de machthebber. De wil van de ondergeschikten is volledig ondergeschikt en onderworpen aan de wil van de bovengeschikte. Het is, in termen van Kant, een situatie van absolute heteronomie; er bestaat geen enkele mogelijkheid tot zelfbeschikking.

De klassieke rechtsstaat tracht de autonomie van de burger tegenover de staat weer te herstellen, zonder evenwel in een toestand van normloosheid en anarchie te vervallen. Het instrument bij uitstek daartoe is de wet, waarin algemene rechtsregels zijn opgesteld door (vertegenwoordigers van) het volk. De wet maakt gedragsregulering mogelijk die gedacht kan worden als het tegendeel van blote machtsuitoefening in de machtsstaat op alle bovengenoemde vier punten.

Om te beginnen is de gedragsregulering op basis van de wet onpersoonlijk. Het is de wet die over ons regeert, en niet een mens van vlees en bloed. Wanneer een ambtenaar een vergunning weigert, een politieagent een parkeerbon uitschrijft of de rechter tot voorlopige hechtenis gelast, doen zij dat allen niet op persoonlijke titel, maar in *naam der wet*. (Kelsen (1963: 3) stelt terecht dat we ons instinctief ertegen verzetten, als een ander menselijk wezen ons zijn wil probeert op te leggen. Dat 'oergevoel' verdwijnt blijkbaar, zodra een autoriteit zich kan beroepen op een aan hem bij de wet verleende bevoegdheid.)

De wetsvorm bindt vervolgens de instanties die verantwoordelijk zijn voor de vervaardiging, de uitvoering en de controle op de uitvoering van de wet. De wetgever mag alleen rechtsregels opstellen die algemeen van aard zijn, en derhalve geen concrete besluiten nemen. Het bestuur past de algemene rechtsregels in concreto toe. Tot zelfstandige regelgeving is het bestuur alleen bevoegdheid, wanneer deze niet de vrijheid en het eigendom van de burger raakt. De rechter toetst het bestuurshandelen aan wetmatigheid. Hij heeft zelf geen rechtsvormende bevoegdheid, maar vertolkt enkel de stem van de wet. Of de wetgever in de klassieke rechtsstaat bij zijn rechtsvorming gebonden is aan 'hoger' (goddelijk of natuur-) recht, is voorwerp van discussie. In de lijn van Rousseau kan worden geredeneerd dat de wet de uitdrukking is van de menselijke rede en dus niets tegen zich hoeft te laten gelden. Recht en wet vallen samen: recht is datgene wat het volk – van volksvertegenwoordiging moest Rousseau niets hebben – in alge-

mene regels heeft vastgelegd. De wet is dan niet zozeer een buffer *tussen* recht en macht, maar omdat wet en recht identiek zijn, is de wet een buffer *tegen* macht.

Volgt men daarentegen de lijn van Locke, dan kan er nog wel een onderscheid tussen recht en wet worden gemaakt. Volgens Locke is de gepositiveerde wet de altijd feilbare concretisering van de wetten der natuur. Een direct beroep op de wetten die in de natuurtoestand heersen, is ongewenst, omdat deze te vaag zijn. Er bestaat dan geen rechtszekerheid: 'I will not know where I stand in the state of nature, because I do not know whose natural law reasoning I will be at the mercy of.'[10] De abstracte wetten der natuur moeten derhalve met behulp van de rede vertaald worden naar concrete rechtsregels. Over de juistheid van de gemaakte vertaling is echter altijd discussie mogelijk. Deze gedachte laat uitdrukkelijk de mogelijkheid open dat wet en recht niet samenvallen en dat de gepositiveerde wet bekritiseerd kan worden vanuit het natuurrecht. In dat laatste geval is de wet op te vatten als een buffer tussen enerzijds het recht dat in ruwe vorm in de wetten der natuur te vinden is en anderzijds blote machtsuitoefening die zich nergens iets van aantrekt.

Uit het voorgaande punt komt tevens naar voren dat gedragsregulering op basis van de wet gedeeld is. Er zijn verschillende organen die functies van wetgeving, bestuur en rechtspraak vervullen en zij hebben geen, of geen directe, invloed op elkaars werkzaamheden. Tot slot worden de rechtsregels opgesteld door het volk of door vertegenwoordigers van het volk. De burger is dus onbemiddeld of bemiddeld betrokken bij het opstellen van de regels, waaraan hij zich later te houden heeft. Ten behoeve van zowel de kwaliteit van wetgeving als het draagvlak ervoor is het noodzakelijk dat zoveel mogelijk burgers participeren in het wetgevingsproces en kunnen instemmen met het eindproduct. Wetgeving komt niet langer van buiten- of bovenaf, maar uit de burgers zelf. Autonomie is het resultaat, wat in letterlijke zin ook 'zelfwetgeving' betekent.

Zoals blijkt, vindt de scheiding van recht en macht in het vertoog van de klassieke rechtsstaat primair plaats over de band van de wet. De gepositiveerde wet biedt de grondslag voor een vorm van gedragsregulering die onpersoonlijk, gebonden en gedeeld is en die bovendien afhankelijk is van de betrokkenheid en instemming van de gereguleerden. Hiertegenover wordt het fictionele beeld van blote machtsuitoefening geplaatst, waarin de heerschappij juist op een persoonlijke, ongebonden en ongedeelde wijze, onafhankelijk van de volkswil, wordt uitgeoefend. Door macht en recht aldus van elkaar te scheiden, verdwijnt macht niet zomaar uit de klassieke rechtsstaat. De precieze positionering van recht ten opzichte van macht is afhankelijk van de ingenomen positie.[11] Wanneer men verdedigt dat het onderscheid tussen recht en macht relatief van aard is, dan ondergaat de macht die door de overheid wordt uitgeoefend, een metamorfose: overheidsmacht, voorzien van een wettelijke grondslag, neemt de verheven gestalte van gezag aan. De macht van de overheid wordt getransformeerd tot bevoegdheid (Donner 1979: 13). Het dwangkarakter van macht verdwijnt hiermee uit beeld; het gaat primair om het tot gelding brengen van het recht. De overheid

treedt op *in haar hoedanigheid van autoriteit.* Zodra de overheid zich echter buiten de grenzen van de wet begeeft, verwordt gezag weer tot banale macht en verliest de overheid haar autoriteitskarakter.
Gaat men daarentegen uit van een absolute scheiding van recht en macht, dan is het recht in de zin van wet een middel om de overheidsmacht aan banden te leggen. De relatie tussen recht en macht is er een van beheersing: de wet bepaalt de speelruimte waarbinnen het overheidsoptreden mag plaatsvinden. Aangetekend moet worden dat 'macht' hier niet meer de betekenis heeft van de blote machtsuitoefening die in de absolute staat plaatsvindt, maar opgevat dient te worden in de meer neutrale zin van 'uitoefening van dwang' (waarmee de vrijheid van de burger wordt ingeperkt). Als de overheidsmacht onder de heerschappij van de wet is geplaatst, is zij immers niet meer persoonlijk, ongebonden, ongedeeld en heteronoom.
In beide posities wordt niet ontkend dat er buiten de overheid, maar binnen de staat ook nog macht en machtsmisbruik in de relatie tussen burgers onderling kan bestaan. Zolang de overheid echter in naam der wet blijft handelen, houdt zij schone handen.

9.5 CENTRALE PREMISSEN

Hoe overtuigend de klassieke-rechtsstaatsidee – met inbegrip van de voorgestane scheiding van recht en macht – is, hangt af van de houdbaarheid van de centrale premissen waarop zij is gebaseerd. Met name is kritiek mogelijk op de achterliggende opvattingen over recht, macht, vrijheid, gelijkheid, subjectiviteit, rechtsvorming en representatie. Deze opvattingen worden hieronder bij wijze van samenvatting kort weergegeven.

a) Het *recht* in de klassieke rechtsstaat valt geheel of grotendeels samen met algemene, burgers bindende rechtsregels die door het volk of de volksvertegenwoordiging zijn vastgesteld. De wet biedt de grondslag voor een vorm van gedragsregulering die onpersoonlijk, gebonden, gedeeld en autonoom van karakter is. Recht uit mogelijke andere bronnen – gewoonte, rechtspraak, religie, natuur of rede – wordt niet erkend, of krijgt een beduidend lagere status toegekend bij de beteugeling van overheidsmacht.

b) *Blote macht,* zoals uitgeoefend in de absolute staat, wordt opgevat als de persoonlijke, ongebonden, ongedeelde heerschappij die de heerser uitoefent over zijn onderdanen, ongeacht of zelfs tegen hun wil. Van blote macht worden macht als gezag (relatieve positie) of macht als uitoefening van dwang (absolute positie) onderscheiden. *Macht als gezag* is een door de wet gelegitimeerde vorm van machtsuitoefening; de overheid treedt als autoriteit op. Het is geen uitoefening van dwang, maar een tot gelding brengen van het recht. *Macht als uitoefening van dwang* is de door de wet begrensde beperking van de vrijheid van de burger. De beide laatste vormen van machtsuitoefening maken deel uit van de klassieke rechtsstaat, terwijl blote macht er juist uit wordt geweerd.

c) *Vrijheid* is de afwezigheid van dwang. Het individu moet zoveel mogelijk zijn eigen gang kunnen gaan, zonder dat de overheid zich met hem/haar bemoeit. Dit is het negatieve vrijheidsbegrip van Berlin. Rousseau vat vrijheid in een meer positieve zin op als het gehoorzamen aan de algemene wil die de burgers met elkaar in de wet hebben vastgelegd. Hierdoor ontstaat autonomie: de burger beschikt over zichzelf binnen het kader van het algemeen belang.

d) Er wordt een formeel begrip van *gelijkheid* gehanteerd: ongeacht feitelijke verschillen tussen burgers in kennis, macht en inkomen, behandelt de wet hen op dezelfde manier. Eenieder is derhalve voor de wet gelijk.

e) De burger in de klassieke rechtsstaat, wordt over het algemeen voorgesteld als een individualistisch *subject*, die ongehinderd door bestaande tradities, sociale verbanden en overheidsbemoeienis, zijn eigen doelen nastreeft. Op dit punt vertolkt Rousseau opnieuw een afwijkend standpunt. In de door hem bepleite burgerlijke samenleving is de burger juist een sociaal wezen, dat zijn hele persoon inzet voor het welzijn van de gemeenschap.

f) *Rechtsvorming* wordt geacht in de klassieke rechtsstaat een exclusieve taak van de wetgever te zijn, voorzover het de rechten en plichten van de burger betreft. De uitvoering van de wet door het bestuur komt neer op het toepassen en het handhaven van de door de wetgever gegeven, algemene regels in concrete gevallen. Het bestuur heeft daarbij (nagenoeg) geen enkele speelruimte. De rechter vertolkt slechts de stem der wet, in de zin dat hij de bestuurlijke uitvoering van de wet toetst op wetmatigheid. Bij deze toetsing wordt geen nieuw recht geschapen, maar enkel bestaand recht toegepast. Deze visie op rechtsvorming staat bekend als 'legisme'.

g) De wet wordt beschouwd als een *representatie* of afbeelding van de wil van het volk. De wet geeft weer wat de burgers willen, namelijk wat goed voor hen allen is (het algemeen belang). Doordat het gehele volk of representanten hiervan participeren in het wetgevingsproces, is gegarandeerd dat de volkswil onvervormd in de wet zijn beslag krijgt.

In het vertoog van de sociale rechtsstaat worden enkele van deze premissen overgenomen, maar de meeste worden aangepast, aangevuld of zelfs geheel verworpen. Dat betekent onvermijdelijk dat de verhouding tussen recht en macht in een ander licht komt te staan.

NOTEN

1 Over deze conceptuele transformatie, zie deel II, paragraaf 1.2.

2 Elzinga lijkt zich bewust van het (ten minste deels) fictionele of zelfs contrafactische karakter van zijn beschrijving, wanneer hij stelt: "Toegespitst op de verschillende statelijke- en rechtssystemen van het 'ancien régime' is dit beeld weliswaar grof – (...) van een werkelijk absolute machtsstaat [is] in het West-Europese territoir geen sprake geweest – als algemene aanduiding van de machtsstaat, die zich uit de primitieve en Middeleeuwse staat ontwikkelt, voldoet het beeld evenwel" (Elzinga 1989: 46, mijn cursivering). Zie verder deel II, paragraaf 6.3.

3 Vgl. ook deel I, paragraaf 1.2.

4 Op de gangbare tegenstelling tussen codificatie en modificatie levert Van der Vlies (1984: 78-79) – overigens terecht – kritiek. Zie verder deel II, paragraaf 6.2.2.

5 Böhtlingk geeft aan dat de invloed van Montesquieu op de inrichting van de rechtsstaat gaandeweg steeds minder is geworden (vgl. deel II, paragraaf 3.3).

6 In deel I, hoofdstuk 3 wordt verder ingegaan op de notie van deliberatie.

7 Deze rechtvaardiging van de meerderheidsbeslissing gaat terug op Locke (vgl. Waldron 1999: 139-162).

8 Dit is een belangrijk verschil tussen de continentale rechtsstaatstraditie en de Angelsaksische traditie van de Rule of Law (zie ook Populier 1997: 64-74).

9 Deze garantiefuncties van wetgeving staan onder meer beschreven in Eijlander en Voermans (1999: 31-32).

10 Deze parafrase is ontleend aan Waldron (1999: 75-76). Zie ook Waldron (1999: 67-69).

11 De hierna volgende posities worden nader omschreven in deel II, paragraaf 1.2.

10 TELOORGANG VAN DE HEERSCHAPPIJ VAN DE WET

10.1 VAN KLASSIEKE RECHTSSTAAT TOT SOCIALE RECHTSSTAAT

Omwille van de individuele vrijheid van burgers worden in de klassieke rechtsstaat van de negentiende eeuw, zoals hiervoor uiteengezet, slechts beperkte taken en bevoegdheden toegekend aan de overheid. Er wordt vertrouwd op de werking van de vrije markt, waar partijen in het nastreven van hun eigen belangen tegelijk het algemeen belang zouden dienen. Van feitelijke verschillen tussen burgers wordt geabstraheerd. Eenieder wordt geacht voor de wet gelijk te zijn.

Met dit formele uitgangspunt ontstaat in de loop van de negentiende eeuw steeds meer onvrede (Witteveen 1996: 244). Door toedoen van het marktmechanisme zijn de verschillen in kennis, macht en inkomen tussen burgers onderling steeds groter geworden. Aan de ene kant zijn er de rijke fabriekseigenaren die, ongehinderd door overheidsbemoeienis, alsmaar meer kapitaal vergaren. Aan de andere kant staan de berooide arbeiders die, om te overleven, gedwongen zijn onder slechte arbeidsvoorwaarden hun werk te verrichten. Het loon is laag, de werktijden zijn lang, en de arbeidsomstandigheden zijn vaak ongezond. Zelfs kinderen worden tewerkgesteld. Vrouwen hebben alleen toegang tot banen die laag in status en beloning zijn. Op andere gebieden van het maatschappelijk leven spelen zij geen enkele rol van betekenis; vrouwen bezitten niet eens stemrecht om zich politiek te laten vertegenwoordigen. Tegen deze misstanden komt de socialistische beweging in verzet. Ook worden er vakbonden en politieke organisaties opgericht, die zich het lot van de 'uitgebuite proletariërs' (in het marxistische jargon) aantrekken. Deze kritiek vindt, buiten de socialistische beweging, ook gehoor bij andersgezinden, onder wie de liberalen.

De overheid raakt er eveneens van overtuigd dat er iets moet veranderen. Er komt wetgeving die gericht is op verbetering van de arbeidsomstandigheden, zoals het Kinderwetje van Van Houten uit 1874. De overheid gaat in toenemende mate de maatschappelijke verhoudingen reguleren en, zo nodig, corrigeren. Nadat in 1917 aan alle mannen, ongeacht hun inkomen, stemrecht is toegekend, verwerven vrouwen in 1919 dit recht. Daarnaast gaat de overheid zelf collectieve goederen produceren waaraan de markt niet of onvoldoende toekomt en zelf diensten verlenen of financieren die van belang zijn voor de algemene ontwikkeling van de burgers. Staatssubsidie voor het onderwijs is een bekend voorbeeld hiervan. De uitkomsten van het vrije spel van de markt worden niet langer als gegeven beschouwd, maar zijn uitgangspunt voor nadere herverdeling, onder meer via belastingen. Tijdens de wederopbouw na de Tweede Wereldoorlog wordt een uitgebreid stelsel van sociale voorzieningen in het leven geroepen, dat uitvallers van het arbeidsproces een vangnet moet bieden. Mijlpaal is de aanvaarding van de Algemene Bijstandswet in 1963, waarin de financiële ondersteuning van werklozen niet langer als een particuliere gunst wordt opgevat, maar als een officieel recht wordt erkend.[1] De staat ontwikkelt zich gaandeweg van een 'nachtwakersstaat', die staatsonthouding betracht, tot een actieve 'verzorgings-

staat', ook wel – en minder vleiend – aangeduid met 'welvaartsstaat' (Böhtlingk 1958: 6), 'herverdelingsstaat' of 'belastingstaat' (Donner 1979: 14).

De juridische verankering van de verzorgingsstaat vindt plaats in de idee van de sociale rechtsstaat. Anders gezegd, de sociale rechtsstaatsidee streeft ernaar, de emancipatoire doelstellingen van de verzorgingsstaat en de liberale principes van de klassieke rechtsstaat op juridisch niveau met elkaar te verbinden. Dat dat niet eenvoudig is, blijkt uit de vele verhandelingen die er sinds Struycken (1924) zijn verschenen over de spanningen tussen beide staatsvormen. Struycken (1924: 61) stelt: "De negentiende eeuw rekent het zich terecht tot eene grote verdienste, de gedachte, dat de persoonlijke vrijheid van den burger behoort te staan onder de hoede van de wet, te hebben gemaakt tot gemeen goed van de beschaafde wereld." In de twintigste eeuw is volgens hem de binding van overheidsmacht aan de wet geheel verdwenen:

"Van de wettelijk geregelde en gewaarborgde vrijheid bleef dus niets over: niet de wet, het bureau schrijft voor, wat men te doen en te laten heeft. Maar daarbij blijft het niet: de afhankelijkheid van den burger van het goeddunken der administratie tast veel dieper zijn leven aan: de administratie bepaalt niet alleen, wat hij te doen en te laten heeft, zij bepaalt ook óf en hoe hij zijn bedrijf zal uitoefenen, welken omvang, welke karakter zijne zaken zullen hebben, welke zijne winsten, zijne verliezen zullen zijn, waarmede hij zich zal voeden, kleeden en verwarmen, in één woord, zij bepaalt naar eigen goedvinden ieders bedrijfs- en verbruiksleven."
(Struycken 1924: 65-66)



Het rechtsstaatsdenken verkeert in een crisisstemming. Kon de ontwikkeling van de absolute staat naar de klassieke rechtsstaat nog worden beschreven in termen van een steeds verdergaande machtsreductie, met de opkomst van verzorgingsstaat lijkt de voortgang van de beschaving opeens te stokken. Het overheidsoptreden krijgt in toenemende mate het karakter van een blote machtsdaad in plaats van een gezaghebbende bevoegdheidsuitoefening. De gesignaleerde crisis bestaat er, kort gezegd, uit dat in de sociale rechtsstaat zowel de wettelijke grondslag als het democratisch draagvlak voor het overheidsoptreden wordt aangetast. Bovendien is de overheid steeds minder in staat haar ambitieuze doelstellingen, neergelegd in wetgeving en beleidsstukken, te bereiken. Toch geeft men de moed niet op. Böhtlingk (1958: 15) spreekt de verwachting uit dat "het (...) mogelijk [moet zijn] de rechtsstaat in de werkelijkheid van de tegenwoordige welvaartsstaat opnieuw te grondvesten".[2] Voor deze uitdaging weglopen beschouwt Donner (1979: 14) zelfs als een "desertie" tegenover zowel de rechtsstaatsidee als de burger.

In het navolgende wordt getoond, op welke wijze het vertoog van de sociale rechtsstaat tracht de verzorgingsstaat en de rechtsstaat met elkaar te verzoenen en de binnen de verzorgingsstaat ontstane verstrengeling van recht en macht weer ongedaan te maken.

De onderstaande stelling vormt daarbij het uitgangspunt.

De (vermeende) legitimiteits- en effectiviteitscrisis van de sociale rechtsstaat kan verklaard worden uit de teloorgang van de heerschappij van de wet. De afnemende betekenis van de wet als grondslag voor machtsuitoefening door de overheid is ervoor verantwoordelijk dat de band tussen recht en macht weer sterker zichtbaar wordt.

Nadat de sociale-rechtsstaatsidee is weergegeven, wordt nader ingegaan op de crisis van de sociale rechtsstaat en komen enkele voorstellen ter bezwering van deze veronderstelde crisis[3] aan de orde.

10.2 DE SOCIALE-RECHTSSTAATSIDEE

De idee van de sociale rechtsstaat is gebaseerd op de solidariteit tussen mensen. De waardigheid van de mens bestaat er niet enkel uit, zoals in de klassieke rechtsstaat werd verondersteld, dat eenieder ongestoord zijn gang kan gaan. Het gaat er vooral om dat mensen zich, in verbondenheid met anderen, kunnen ontplooien. Het is de inzet van de sociale rechtsstaat, de ontplooiing van zijn burgers te bevorderen. Alle obstakels daartoe – waaronder armoede, ondervoeding en ongeschooldheid – dienen zoveel mogelijk uit de weg te worden geruimd. Waar vrijheid tot dusver werd gezien als de afwezigheid van dwang, met name van de kant van de overheid, wordt in de sociale rechtsstaat het actieve overheidsoptreden juist tot een noodzakelijke voorwaarde voor vrijheid. De sociale rechtsstaat wil, aldus Hirsch Ballin (1991b: 77), "'verhindering van vrijheid' door *andere* machten dan die van de overheid (...) tegengaan, en wel juist door een zodanige overheidsbemoeienis met de samenleving dat de materiële voorwaarden voor een menswaardig bestaan – naar de maatstaf van de actuele verhoudingen – worden vervuld."

Naast het negatieve vrijheidsbegrip, dat aan iedere burger een eigen, onaantastbaar domein toekent, komt er derhalve een ander, positief vrijheidsbegrip tot ontwikkeling. Het positieve vrijheidsbegrip heeft betrekking op de bescherming van de autonomie van burgers. Slechts wanneer er aan redelijke bestaansvoorwaarden is voldaan, kunnen burgers worden geacht vrij en gelijk te zijn en een eigen oordeelsvermogen te bezitten (Berlin 1969: 231). Als iemand onder erbarmelijke omstandigheden elke dag twaalf uur of meer moet werken en niet voldoende te eten heeft, kan hij moeilijk vrij in deze zin worden genoemd. Berlin wijst op de paradox dat men autonome subjecten tracht te creëren door hen tegelijk als object van zorg uit te leveren aan de bureaucratie. In de verzorgingsstaat wordt blijkbaar een groot vertrouwen gesteld in de macht van de overheid (Populier 1997: 81). Het gevaar bestaat echter dat de overheid in naam van de positieve vrijheid de negatieve vrijheid verdergaand beperkt dan strikt noodzakelijk is. De overheid gaat keuzes voor burgers maken terwille van hun ontplooiing, terwijl de burgers zichzelf wellicht anders zouden willen ontplooien. Zo is de vraag of werklozen onder alle omstandigheden gedwongen moeten worden te

solliciteren (Witteveen 1996: 245). Waarom is het bijvoorbeeld niet mogelijk om nuttig vrijwilligerswerk te verrichten met behoud van uitkering?
De overheid vervult in de sociale rechtsstaat, zoals deze met name in West-Europese landen gestalte heeft gekregen, verschillende functies (Geelhoed 1983: 6-8). Naast de ordenende functie, die in de klassieke rechtsstaat centraal staat, komt er nog een aantal bij: de arbitrerende functie, die bestaat uit de beslechting van conflicterende belangen (met behulp van bijvoorbeeld warenwetgeving); de oriënterende of sturende functie, die gericht is op beïnvloeding van de economie met als doel de herverdeling van inkomens (onder meer via belastingwetgeving); en de presterende functie, waarbij de welvaart en het welzijn van de bevolking wordt bevorderd (door het verstrekken van subsidies en dergelijke). De overheid vervult al langer een presterende functie. Wat als nieuw wordt ervaren, is de mate waarin de overheid in individuele behoeften voorziet. Volgens Geelhoed (1983: 9) bereikt de verzorgingsstaat zijn hoogtepunt pas vanaf 1965. Deze periode wordt erdoor gekenmerkt “dat de staat niet stilstaat bij het scheppen van de voorwaarden voor de materiële welvaart van zijn onderdanen, maar zich tevens voor een zeker individueel welvaartsniveau garant gaat stellen onder beklemtoning van de wenselijkheid van een grotere materiële gelijkheid (...).”

Uit het laatste citaat blijkt dat, behalve vrijheid, ook gelijkheid gaandeweg van betekenis is veranderd (vgl. ook Populier 1997: 242). In de klassieke rechtsstaat wordt iedereen, ongeacht feitelijke verschillen tussen mensen, op dezelfde wijze onderworpen aan de wet. De wet maakt geen onderscheid tussen rijken en armen, katholieken en protestanten, mannen en vrouwen. Het is niemand toegestaan zaken te stelen, de zondagsrust te verstoren, mensen te vermoorden, enzovoorts. Een ieder is gelijk *voor* de wet (formele gelijkheid). In de sociale rechtsstaat streeft de overheid ernaar, de bestaande verschillen in kennis, macht en inkomen niet zozeer af te schaffen, als wel enigszins af te vlakken. Een ongunstige uitgangspositie mag mensen niet in hun verdere ontplooiing belemmeren. Er komt wetgeving die benadeelde groepen in de samenleving – vrouwen, allochtonen, homoseksuelen, gehandicapten, ouderen – een betere positie moet geven op de arbeidsmarkt en andere gebieden van het maatschappelijke leven (waaronder de Algemene Wet Gelijke Behandeling uit 1994). Met behulp hiervan kan gelijkheid *door* de wet worden bewerkstelligd (materiële gelijkheid).

Tot nu toe is vooral de *sociale* kant van de sociale rechtsstaat naar voren gekomen. Wat de sociale *rechtsstaat* echter tot een rechtsstaat maakt (en hem onderscheidt van socialistische staten die eveneens voorwenden het welzijn van haar onderdanen te dienen), is dat de klassiek-rechtsstatelijke waarborgen tegen machtsmisbruik door de overheid niet worden opgegeven. Dat betekent dat ook in de sociale rechtsstaat het legaliteitsbeginsel, het democratiebeginsel, het beginsel van trias politica en de individuele vrijheidsrechten gelding hebben. Bovendien wordt aan de klassieke grondrechten nog een nieuwe groep grondrechten toegevoegd: de sociale grondrechten. Sociale grondrechten hebben tot doel de sociale, economische en culturele levensomstandigheden van de mens te beschermen. In de artikelen 18 tot en met 23 van onze Grondwet zijn enkele

sociale grondrechten vastgelegd als 'taakstellingen' aan de overheid om in wetgeving en beleid bepaalde voorzieningen te treffen, bijvoorbeeld op het terrein van de volksgezondheid, de bestaanszekerheid en het milieu. In tegenstelling tot klassieke grondrechten kunnen deze grondrechten meestal niet (of niet rechtstreeks) worden afgedwongen bij de rechter. Volgens Van der Hoeven (1988: 312) bestaat het onderscheid tussen klassieke en sociale grondrechten eruit, "dat bij vrijheidsrechten de burger als regel opkomt voor zichzelf, bij sociale grondrechten doet de gemeenschap dat, ter behartiging van algemene belangen." Bij sociale grondrechten wordt over het algemeen een bepaalde prestatie van de overheid verwacht (zoals de verstrekking van een uitkering), terwijl klassieke grondrechten juist onthouding van overheidsbemoeienis voorschrijven (De Haan, Drupsteen en Fernhout 1996: 17).[4] Tussen beide soorten grondrechten, en de achterliggende opvattingen van vrijheid, kunnen er in de praktijk onverzoenbare spanningen ontstaan. Zo komt premieheffing ten behoeve van sociale verzekeringen in conflict met de liberale vrijheid van eigendom. De ene burger kan niet meer vrijelijk over zijn geld beschikken, omdat het wordt aangewend ter ondersteuning van een andere burger. Bij dergelijke onvermijdelijke collisies zal een afweging van belangen in het concrete geval moeten worden gemaakt.

Op grond van het bovenstaande kan de indruk ontstaan dat de sociale rechtsstaat een geheel vernieuwde en verbeterde versie van de liberale rechtsstaat is, een soort 'rechtsstaat-plus' dus. De staat beijvert zich met alle mogelijke middelen, maar nog steeds binnen de grenzen van het recht, voor de ontplooiing van zijn burgers. Desalniettemin blijkt dat met de opkomst van de verzorgingsstaat de aard en functie van wetgeving dusdanig te zijn veranderd, dat het rechtsstatelijk karakter van deze staatsvorm ten principale dreigt te worden ondergraven.

10.3 DE WET ALS INSTRUMENT

Nadat Struycken reeds in 1924 op de fundamentele spanning tussen de verzorgingsstaat en de rechtsstaat had gewezen[5], luidt Böhtlingk in zijn oratie uit 1958 opnieuw op dramatische wijze de noodklok over de staat van ons recht. Door toedoen van de verzorgingsstaat komt de rechtsstaat in liberale zin onder steeds grotere druk te staan: "De groei van deze welvaartsstaat gaat ten dele tegen de oude rechtsstaatsgedachte in en ten dele er langs heen, maar gaat in beide gevallen ten koste ervan" (Böhtlingk 1958: 6). De kern van de rechtsstaatsgedachte bestaat er zijns inziens uit dat de wilsvrijheid van gezagsdragers wordt beperkt door de grenzen van het recht. Deze beperking van de overheidsmacht wordt gewaarborgd door de klassiek-rechtsstatelijke beginselen van legaliteit, democratie en machtenspreiding. Het legaliteitsbeginsel zorgt er allereerst voor dat de rechter en de administratie aan algemene rechtsregels zijn onderworpen. Het democratiebeginsel bindt vervolgens de wetgever in die zin dat de samenstelling van het wetgevend orgaan wordt bepaald door verkiezingen. De laatste garantie is gelegen in het beginsel van machtenspreiding, op grond waarvan de uitvoering van de functies wetgeving, bestuur en rechtspraak aan drie onderscheiden organen wordt opgedragen.

In de verzorgingsstaat komen verschillende rechtsfiguren op, die op gespannen voet staan met de genoemde beginselen van de klassieke rechtsstaat. Böhtlingk wijst ten eerste op de figuur van delegatie van wetgeving. Er wordt in toenemende mate regelgevende bevoegdheid overgedragen aan personen die daartoe van oudsher niet zijn gemachtigd, zoals een minister of een ambtenaar. Vaak wordt volstaan met een 'lege' formele wet – ook wel 'raam-' of 'kaderwet' genoemd – waarvan de materiële inhoud geheel of grotendeels door lagere regelgevers wordt bepaald. Wat echter nog ernstiger is dat, ten tweede, het gebruik van het *freie Ermessen* toeneemt, ofwel de beleidsvrijheid die bestuursorganen hebben bij de uitoefening van hun taken. In de verzorgingsstaat houdt het bestuur zich niet alleen bezig met handhaving van de bestaande orde (zoals in de nachtwakersstaat), maar heeft het ook en vooral de taak een rechtvaardiger orde te creëren. Om deze taak goed te kunnen vervullen, heeft het bestuur veel bewegingsvrijheid nodig. Dit tast echter "het beginsel van de heerschappij van de wet in zijn kern" aan.

"Immers bij een vérgaand freies Ermessen wordt de burger niet meer beheerst door algemene wetgeving in abstracto, onpartijdige en voor allen gelijke, in herhaalbare situaties geldende rechtsregels, vastgesteld door daartoe gekwalificeerde en bij voorkeur gekozen wetgevende ambten, doch door zgn. wetgeving in concreto, incidentele beschikkingen, die niet in zichzelf een waarborg voor onpartijdige en gelijke behandeling bevatten en die vastgesteld worden door ambten, die niet dáárvoor doch slechts voor een oorspronkelijk als tamelijk mechanische gedachte uitvoering in het leven zijn geroepen. In de liberale rechtsstaat is geen enkel ambt bevoegd tot het scheppen van ge- of verboden in concreto. Een zo vérgaande bevoegdheid vertrouwt men zelfs aan de wetgevers niet toe: zij mogen niet anders dan bij algemene regeling ge- of verbieden. En de administratie mag zelfs dit laatste niet." (Böhtlingk 1958: 7)

Böhtlingk erkent dat beide rechtsfiguren noodzakelijk zijn om het bestuur in de verzorgingsstaat voldoende slagvaardig te maken, maar tekent tevens aan dat deze moeilijk verenigbaar zijn met de grondbeginselen van de klassieke rechtsstaat.

Een andere, hiermee samenhangende en veel gehoorde klacht is dat wetgeving steeds vaker door de overheid wordt gebruikt als een instrument om maatschappelijke problemen op te lossen. De wet is niet langer de neerslag van algemeen aanvaarde normen en waarden, maar primair een middel tot sociale verandering, die door de meerderheid van het parlement gewenst wordt. De wetgever is meer gericht op modificatie dan op codificatie. Het gevolg daarvan is volgens Koopmans (1970: 223) dat de wet "veel sterker het stempel van politieke handeling [draagt]: in plaats van een kristalliserende heeft hij een richtingbepalende functie gekregen." Bovendien verdwijnt de klassieke waarborgfunctie van wetgeving grotendeels uit beeld.

Aan deze nieuwe praktijk van wetgeven ligt een zogeheten instrumentalistische visie op recht ten grondslag. Schuyt (1991: 192-194) heeft de centrale uitgangspunten van het instrumentalisme als volgt samengevat:

a) *Het recht is neutraal ten opzichte van het nagestreefde doel.* Het juridisch instrumentarium wordt uitsluitend beoordeeld op zijn vermogen om een bepaald, extern vastgesteld doel te bereiken. Het recht heeft geen intrinsieke waarde; er liggen geen 'eigen' doelen aan ten grondslag.
b) *Recht is ondergeschikt aan de politiek gekozen waarden.* Eerst worden door de volksvertegenwoordiging de na te streven doelen vastgesteld en vervolgens wordt het daarbij passende juridische instrument gezocht. De politiek staat boven het recht en kan daarover naar believen beschikken.
c) *Recht is stuurmiddel vanuit een centrum.* De overheid stuurt met behulp van het recht de samenleving vanuit een standpunt boven en buiten die samenleving.
d) *Het recht is consequentiegericht.* Wetgeving wordt niet zozeer beoordeeld op haar inpasbaarheid in het bestaande rechtssysteem, als wel op haar effectiviteit. Een wet is effectief, als ze de extern bepaalde doelstellingen weet te realiseren.
e) *De wetenschap is de werkplaats van de wet.* Elk instrument vraagt onderhoud, zo ook de wet. De sociale wetenschappen verrichten daartoe het benodigde onderzoek. Met behulp van empirische gegevens kunnen de sociale wetenschappen bepalen of de wet als instrument nog naar behoren functioneert of dat zij aanpassing behoeft.

Hoewel er vanuit met name de rechtssociologie veel kritiek is uitgeoefend op het instrumentalisme (zie, naast Schuyt 1991: 194-201, bijvoorbeeld Griffiths 1978: 1-8), heeft deze visie op recht het wetgevingsbeleid van de overheid lange tijd bepaald. De hoeveelheid instrumentele wetgeving is de afgelopen decennia enorm toegenomen. De grenzen van deze aanpak worden echter allengs duidelijk. Hedendaagse wetgeving is vaak niet effectief: de beoogde doelen worden niet bereikt en er treden ongewenste neveneffecten op. De grote vloed van normen, die geregeld met elkaar in tegenspraak blijken te zijn, zorgt voor rechtsonzekerheid bij de burger. Böhtlingk (1958: 10) noemt de ingewikkeldheid en ondoorzichtigheid van "diverse brokken welvaartsstaatswetgeving" een "degeneratieverschijnsel". Vanwege de complexiteit en gedetailleerdheid van de normstelling ontstaan er ook aanzienlijke problemen bij zowel de handhaving als de toepassing van wetgeving.

De Commissie Wetgevingsvraagstukken, die in 1985 verslag doet van haar onderzoek naar de geschetste problematiek, erkent dat de overheid niet langer alle aspecten van het maatschappelijke leven kan sturen met behulp van formele wetgeving. Noodgedwongen moet de overheid daarom haar toevlucht nemen tot alternatieve sturingsinstrumenten die de rechtsstatelijke toets der kritiek vaak niet kunnen doorstaan. Behalve aan de door Böhtlingk genoemde rechtsfiguren van delegatie van wetgeving en beleidsvrijheid (*freie Ermessen*), kan onder meer worden gedacht aan zelfregulering, beleidsregels, beleidsovereenkomsten, convenanten en privatisering. In de beleidsnota *Zicht op wetgeving* (1990-1991: 51) wordt het denken in alternatieven ook uitdrukkelijk gepropageerd: "De ontwikkeling en de uitvoering van het algemeen wetgevingsbeleid zijn gericht op de

verbetering van de rechtsstatelijke en bestuurlijke kwaliteit van het overheidsbeleid. Daarbij zal het denken in alternatieven centraal staan: alternatieve instrumenten in plaats van de wet en alternatieven bij de inrichting van de wet."

Enkele van de meest bekende en gehanteerde alternatieve sturingsinstrumenten zullen hieronder nader worden toegelicht. Bovendien zal worden aangegeven, welke mogelijke rechtsstatelijke bezwaren hieraan kleven. Dit mondt uit een diagnose van de regulatieve crisis waarin de sociale rechtsstaat verondersteld wordt te verkeren.

10.4 ALTERNATIEVE STURINGSINSTRUMENTEN

10.4.1 DE GEREEDSCHAPSKIST VAN DE OVERHEID

In de gereedschapskist van de overheid liggen verschillende instrumenten om de samenleving te sturen. De wet is een van die instrumenten. Er bestaan vele alternatieven, die met name in het kader van de verzorgingsstaat een groeiende populariteit genieten. Hieronder volgt een niet-uitputtend overzicht van deze alternatieve sturingsinstrumenten.

Delegatie

De Algemene Wet Bestuursrecht (AWB) definieert delegatie als "het overdragen door een bestuursorgaan van zijn bevoegdheid tot het nemen van besluiten aan een ander die deze onder eigen verantwoordelijkheid uitoefent" (art. 10:13 AWB). In de doctrine heeft het begrip 'delegatie' echter een andere betekenis. Daarin staat delegatie gelijk aan de opdracht van de wetgever aan het bestuur om bepaalde regels nader uit te werken (De Meij en Van der Vlies 2000: 128). Om deze betekenis van de term 'delegatie' gaat het wanneer men delegatie voorstelt als alternatief sturingsinstrument. In dat kader staat delegatie voor de overdracht van regelgevende bevoegdheden van de wetgever aan het bestuur. Een actueel voorbeeld biedt het recent aangenomen wetsvoorstel inzake de regeling van het DNA-onderzoek in strafzaken. In die wet is een bepaling opgenomen die de regeling van het gebruik van geregistreerde DNA-profielen opdraagt aan het bestuur (art. 151a lid 6 Wetboek van Strafvordering (nieuw)).

Beleidsvrijheid

Van beleidsvrijheid is sprake, indien de wetgever het bestuur uitdrukkelijk een bepaalde vrijheid geeft bij het uitoefenen van een bevoegdheid (Goorden 1997:66). De wetgever kan beleidsvrijheid voor het bestuur scheppen door opname van facultatieve bevoegdheden ("B&W kunnen vrijstelling verlenen") en discretionaire bevoegdheden ("naar het oordeel van B&W") (Eijlander en Voermans 1999: 139-141). In dergelijke gevallen laat de wetgever respectievelijk de toepassing en de invulling van een bevoegdheid over aan het bestuur.
Het bestuur krijgt zodoende de ruimte om binnen het kader van de wet zelf te beslissen. De bestuursrechter kan in een beroepsprocedure uitsluitend de rechtmatigheid van het besluit van het bestuursorgaan toetsen.

Communicatieve wetgeving

Van communicatieve wetgeving is sprake indien de wetgever met een bepaalde wet geen directe effectiviteit nastreeft, maar in de wet een fundamentele waarde vastlegt teneinde een mentaliteitsverandering op gang te brengen (Van Klink 1998: 91-98). De naleving van de Wet Gelijke Behandeling van mannen en vrouwen bij de arbeid wordt, bijvoorbeeld, slechts in beperkte mate afgedwongen. De wet biedt gedupeerden de mogelijkheid om bij een vermoeden van seksediscriminatie de Commissie Gelijke Behandeling in te roepen. Hoewel deze Commissie niet-bindende oordelen uitspreekt, blijken haar oordelen toch vaak te worden opgevolgd en bovendien de discussie binnen het werkverband te stimuleren. Communicatieve wetgeving kan dus wel degelijk effectief zijn in beïnvloeding van gedrag en mentaliteit, maar de wijze waarop de wet gedrag stuurt, verschilt van reguliere wetgeving. Communicatieve wetgeving stuurt door middel van communicatie in plaats van sancties. Vanuit rechtsstatelijk oogpunt is van belang dat communicatieve wetgeving beleidsruimte schept voor de uitvoerende instanties, omdat de open normen uit een communicatieve wet voor verschillende interpretaties vatbaar zijn.

Zelfstandige Bestuursorganen

De meeste bestuursorganen hebben een basis in de Grondwet. Er is echter ook een categorie bestuursorganen waarin de Grondwet niet voorziet. Dit zijn de Zelfstandige Bestuursorganen (ZBO's). ZBO's kunnen voor verschillende taken worden ingesteld. Zo bestaan er ZBO's op het gebied van toezicht (Commissariaat voor de Media), keuring (Keuringsdienst van Waren), subsidiëring (Stichting Ontwikkelings- en Saneringsfonds voor de Landbouw) en vergunningverlening (Kamers van Koophandel). Bijzonder aan ZBO's is dat de verantwoordelijkheid van de minister voor de handelingen van een ZBO beperkt is. De ZBO's zijn namelijk formeel niet ondergeschikt aan de minister. De precieze invloed van de minister is afhankelijk van het instellingsbesluit van het ZBO. Doorgaans blijft die invloed beperkt tot het benoemen van bestuursleden of het vernietigen van een besluit.

Beleidsregels

Beleidsregels worden in de Algemene Wet Bestuursrecht gedefinieerd als "een bij besluit vastgestelde algemene regel, niet zijnde een algemeen verbindend voorschrift, omtrent de afweging van belangen, de vaststelling van feiten of de uitleg van wettelijke voorschriften bij het gebruik van een bevoegdheid van een bestuursorgaan" (art. 1:3 AWB). Beleidsregels zijn dus regels die het bestuur zichzelf stelt ter invulling van vage wettelijke termen of beleidsvrijheid. Beleidsregels vullen de ruimte die de wetgeving openlaat. Met name in het vreemdelingenrecht en het belastingrecht wordt veel gebruik gemaakt van beleidsregels. De bevoegdheid om beleidsregels te gebruiken is geregeld in artikel 4:81 AWB. Dat artikel stelt dat een bestuursorgaan beleidsregels kan vaststellen met betrekking tot een hem toekomende of onder zijn verantwoordelijkheid uitgeoefende, dan wel door hem gedelegeerde bevoegdheid. Bovendien kan de bevoegdheid om beleidsregels vast te stellen volgen uit een wettelijk voorschrift.

Beleidsovereenkomsten

Een beleidsovereenkomst is een privaatrechtelijke verbintenis tussen een bestuursorgaan en een burger waarin de overheid bepalingen van publiekrechtelijke aard opneemt (Goorden 1997: 149). Net als beleidsregels geven beleidsovereenkomsten invulling aan de beleidsruimte die publiekrechtelijke wetgeving openlaat. Het bestuur mag van dit instrument namelijk alleen gebruik maken voorzover het publiekrechtelijke kader niet wordt doorkruist (HR 26 januari 1990, NJ 1991, 393). Het verschil met beleidsregels is dat de bepalingen uit beleidsovereenkomsten niet algemeen geldend zijn. Zij gelden alleen tussen de contractspartijen. Beleidsovereenkomsten komen met name veel voor in het kader van de verkoop van onroerend goed. Bij de verkoop van grond, bijvoorbeeld, kan de overheid in de koopovereenkomst bepalingen opnemen over de bestemming van de grond.

Convenanten

Convenanten lijken sterk op beleidsovereenkomsten. Ook convenanten zijn afspraken tussen een bestuursorgaan en een andere partij, waarin bepalingen van publiekrechtelijke aard zijn opgenomen (Eijlander en Voermans 1999: 75; Goorden 1997: 150). De convenantpartij kan zowel een burger als een ander bestuursorgaan zijn. Convenanten vullen net als beleidsovereenkomsten de beleidsruimte op die de wet aan het bestuur laat. Het verschil met de beleidsovereenkomsten is dat convenanten niet zonder meer afdwingbaar zijn bij de civiele rechter. Convenanten hebben een meer vrijblijvend karakter. Het zijn 'pseudo-overeenkomsten' (Van Schooten-Van der Meer 1998: 113). De minister van VROM heeft bijvoorbeeld *gentlemen agreements* gesloten met het bedrijfsleven over terugdringing van fosfaten in wasmiddelen.

Zelfregulering

Zelfregulering is een vorm van regelgeving waarbij de normadressaat zelf de regels vaststelt. Er bestaan veel verschillende vormen (Eijlander en Voermans 1999:70-74). Aan het ene uiterste staan vormen van private geschillenbeslechting en certificatie waarbij de overheid zich geheel afzijdig houdt, zoals de activiteiten van het Nederlands Normalisatie Instituut. Aan de andere kant staat zelfregulering die door de wetgever is verplicht, ingekaderd en van rechtsgevolgen voorzien. Een voorbeeld van deze sterk geconditioneerde vorm van zelfregulering is het tuchtrecht van de vrije beroepen.

Privatisering

Van privatisering is sprake, indien de overheid een bepaalde taak overdraagt van de publieke naar de particuliere sector (Van Schooten-Van der Meer 1998: 114). Na deze overdracht valt de taak onder het privaatrecht in plaats van onder het publiekrecht. De overheid zal met name geneigd zijn een bepaalde taak te privatiseren, wanneer zij verwacht dat marktwerking een betere garantie voor een goede uitoefening van de taak biedt dan publieke regelgeving. Dat was bijvoorbeeld het geval bij de verzelfstandiging van de PTT en de NS.

10.4.2 DIAGNOSE VAN DE CRISIS

Het bovenstaande biedt een overzicht van een aantal sturingsinstrumenten die de overheid de laatste decennia heeft ingezet. Gemeenschappelijk aan deze instrumenten is de relatief geringe inbreng van de wetgever. Indien gebruik wordt gemaakt van deze instrumenten, speelt de wet een minder grote rol bij de sturing van de samenleving. Dit komt duidelijk naar voren bij delegatie en beleidsvrijheid, waarbij de wetgever beslissingsbevoegdheid uitdrukkelijk overdraagt aan het bestuur. Echter ook communicatieve wetgeving, beleidsregels, beleidsovereenkomsten en convenanten impliceren dat de wetgever een bepaalde beleidsruimte heeft opengelaten voor nadere invulling door zowel het bestuur als de rechter. Bij de laatste twee sturingsinstrumenten, zelfregulering en privatisering, treedt de wetgever eveneens terug, maar dan ten behoeve van de samenleving. De samenleving krijgt de ruimte om zichzelf te reguleren door middel van gedragscodes en marktwerking.

De opkomst van deze alternatieve sturingsinstrumenten draagt dus bij aan de teloorgang van de heerschappij van de wet. Het vertrouwen in algemene, door de volksvertegenwoordiging opgestelde rechtsregels neemt af, niet alleen bij de burger maar ook bij de rechter en de wetgever zelf (Van Ommeren 1996: 2). Met de toename van de staatszorg vermindert, omgekeerd evenredig, de rol van de wetgever. De terugtred van de regelgever is de trend. Er komen weliswaar steeds meer wetten, maar er staat steeds minder in.[6] Het primaat van de wetgever raakt uitgehold. De belangrijkste besluitvorming verschuift van de formele wetgevingsprocedure naar de fase van de bestuurlijke uitvoering of wordt 'teruggegeven' aan de samenleving door gebruikmaking van zelfregulering en privatisering.

Deze terugtred van de wetgever ten behoeve van alternatieve sturingsinstrumenten staat op gespannen voet met de beginselen van de klassieke rechtsstaat (Van Schooten-Van der Meer 1998: 103-117). Deze beginselen eisen immers juist dat de wetgever een centrale rol speelt bij de sturing van de samenleving. Ten behoeve van de wetmatigheid van het bestuur, dient de wet zowel de grondslag als de invulling van de bestuurlijke bevoegdheden te bevatten. Bij delegatie, beleidsvrijheid, zelfstandige bestuursorganen zal in het algemeen wel aan de vereiste wettelijke grondslag zijn voldaan. De wet die een bevoegdheid delegeert, beleidsvrijheid creëert of een zelfstandig bestuursorgaan instelt, vormt immers zelf de grondslag voor de bevoegdheden van het bestuur. De bevoegdheid om beleidsregels vast te stellen is een afgeleide van de bevoegdheid waarvoor de beleidsregels worden opgesteld (zie artikel 4:81 AWB). Op beleidsovereenkomsten en convenanten is het legaliteitsbeginsel strikt genomen niet van toepassing, omdat het niet gaat om de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden (Van Ommeren 1996: 385). Bij zelfregulering en privatisering speelt het legaliteitsbeginsel evenmin een rol, aangezien bij die sturingsinstrumenten het bestuur geen bevoegdheden krijgt. De wetmatigheid van bestuur is bij laatstgenoemde instrumenten dus niet in het geding.

De beginselen van de klassieke rechtsstaat eisen daarnaast dat het handelen van de overheid in materiële zin wetmatig is. Dat betekent enerzijds dat een bestuursorgaan zijn bevoegdheid overeenkomstig de wettelijke opdracht moet uitoefenen. Zo mag de regering bakkers niet per AMVB verplichten om jodiumhoudend broodzout te gebruiken als de wet daartoe niet opdraagt (HR 10 april 1984, NJ 1984, 612). Anderzijds eist het legaliteitsbeginsel van de wetgever dat deze de uitoefening van een verleende bevoegdheid in grote lijnen vastlegt in de wet. In het algemeen zullen op zijn minst de hoofdlijnen van de regeling in de wet te vinden moeten zijn en dient het parlement op enige wijze betrokken te zijn bij het ontstaan van het beleid (*Aanwijzingen voor de regelgeving 1998: 26*). Indien de wet waarin de bevoegdheid wordt verleend, de uitoefening daarvan volledig vrij laat, gelden alleen de in de Algemene Wet Bestuursrecht gecodificeerde beginselen van behoorlijk bestuur. Dat staat op gespannen voet met de klassieke scheiding en verdeling van overheidsmacht, waarin de wetgever de voornaamste rechtspolitieke keuzes in regels vastlegt en het bestuur deze regels uitvoert en handhaaft. Daarnaast impliceert de terugtred van de wetgever dat de bestuurlijke besluitvorming de legitimatie van parlementaire goedkeuring mist, hetgeen in conflict komt met het democratiebeginsel en het primaat van de politiek. Voorzover de bestuurlijke beleidsruimte die ontstaat door het gebruik van delegatie, beleidsvrijheid en communicatieve wetgeving, niet wettelijk is ingekaderd, is er vanuit het oogpunt van de klassieke rechtsstaat dus sprake van een legitimiteitscrisis (Van Schooten-Van der Meer 1998: 118). Zelfbinding van het bestuur door middel van algemene beleidsregels kan daar niets aan veranderen. De toekenning van beleidsruimte aan zelfstandige bestuursorganen maakt de rechtsstatelijke problemen zelfs erger vanwege de beperking van de democratische controle daarop via ministeriële verantwoordelijkheid.

Bij het gebruik van privaatrechtelijke bevoegdheden en bij zelfregulering en privatisering is de botsing met de beginselen van de klassieke rechtsstaat minder duidelijk. Het lijkt juister om te zeggen dat de overheid bij het gebruik van deze instrumenten een toets aan de beginselen van de klassieke rechtsstaat ontgaat (Van Schooten-Van der Meer 1998: 120). In de klassieke rechtsstaat dient het legaliteitsbeginsel immers voornamelijk om de wetmatigheid van eenzijdig verbindend overheidsoptreden te garanderen (Van Ommeren 1996). Aangezien beleidsovereenkomsten en convenanten meerzijdige rechtshandelingen zijn, zouden de beginselen van de klassieke rechtsstaat daarop niet van toepassing zijn. Zelfregulering en privatisering lijken zich eveneens te onttrekken aan een rechtsstatelijke toets, aangezien deze instrumenten juist een vermindering van overheidsmacht impliceren, voorzover de wet geen randvoorwaarden stelt. Het element van grondrechtenbescherming kan bij de laatstgenoemde instrumenten eventueel een rol spelen, indien men daarin de opdracht leest voor de overheid om grondrechten ook in horizontale verhoudingen te waarborgen. In het algemeen gaat men er echter vanuit dat grondrechten primair in verticale verhoudingen gelden, en daarin functioneren als een begrenzing van overheidsmacht (Verhey 1992: 13).

Uit het bovenstaande blijkt dat de overheid door gebruikmaking van alternatieve sturingsinstrumenten de positie van de wet relativeert. Deze terugtred van de wetgever heeft consequenties voor klassiek-rechtsstatelijke beginselen. Voor een deel worden door gebruikmaking van de alternatieve sturingsinstrumenten deze beginselen omzeild. Voor een ander deel ontstaat juist een spanning hiermee. Bij het sluiten van beleidsovereenkomsten en convenanten blijft het legaliteitsbeginsel buitenspel, omdat er geen publiekrechtelijke bevoegdheden worden gebruikt en de burger niet eenzijdig wordt gebonden. Bij het bieden van ruimte voor zelfregulering en privatisering is er sowieso geen sprake van het gebruik van bestuurlijke bevoegdheden en is de klassieke rechtsstaat dus niet in het geding. Bij de inzet van de andere sturingsinstrumenten zijn de beginselen wel van toepassing. Voorzover de wetgever door het gebruik van deze instrumenten zover terugtreedt dat hij de regie uit handen geeft, is er sprake van een rechtsstatelijk tekort.

De sociale rechtsstaat is in een regulatieve crisis geraakt, zo valt vanaf de jaren tachtig van de vorige eeuw steeds vaker te vernemen (Van Schooten-van der Meer 1997: 20). Deze crisis betreft enerzijds de legitimiteit van het moderne recht, dat wil zeggen dat het recht niet langer in overeenstemming is met de klassiek-rechtsstatelijke kwaliteitseisen en dat het maatschappelijk draagvlak ervoor steeds verder afkalft. Door de afnemende acceptatie loopt de legitimatie van het overheidshandelen gevaar (Elzinga 1989: 54).[7] Anderzijds bestaat de crisis eruit dat de hedendaagse regelgeving steeds minder in staat is om de erin vervatte doeleinden te bewerkstelligen. Daarbij valt er een “verminderde gehoorzaamheidsgeneigdheid” onder burgers te constateren (Schuyt 1991: 280). Zowel de legitimiteit als de effectiviteit van het overheidsoptreden in de sociale rechtsstaat is dus in het geding.

10.5 BEZWERING VAN DE CRISIS

Ter bezwering van de regulatieve crisis zijn er in het vertoog van de sociale rechtsstaat uiteenlopende strategieën ontwikkeld. Deze strategieën kunnen grofweg in twee categorieën worden ondergebracht. Enerzijds bestaat de bepleite aanpak eruit, de kwaliteit van wetgeving te verbeteren en/of de positie van de wetgever in de trias politica te versterken (restauratie-strategieën). Anderzijds worden er voorstellen gedaan die de gebrekkige wetgevingskwaliteit en de verminderde rol van de wetgever min of meer voor gegeven aannemen en die, desnoods buiten de wet en de wetgever om, een weg uit de crisis trachten te vinden (compensatie-strategieën). Hoewel de meeste auteurs een combinatie van strategieën zeggen voor te staan, onder wie Van Ommeren (1996: 11) en Oldenziel (1998: 200-201), komt bij de uitwerking van hun voorstellen toch vaak een voorkeur voor een van beide typen strategieën naar voren. Zo laat Van Ommeren met zijn herinterpretatie van het legaliteitsbeginsel zien, dat hij voornamelijk geïnteresseerd is in herstel van het primaat van de wetgever. Oldenziel besteedt daarentegen de meeste aandacht aan andere middelen om rechtszekerheid voor de burger te bevorderen dan via het klassieke instrument van de wet.

Een selectie uit het enorme arsenaal aan beschikbare strategieën komt hieronder aan de orde. Het accent ligt daarbij op strategieën die direct of indirect de techniek, het proces, de uitvoering en de toepassing van wetgeving in formele zin raken. Dat heeft onder meer tot gevolg dat een hedendaags verschijnsel als het onderhandelend bestuur geheel buiten beschouwing blijft.[8]

10.5.1 RESTAURATIESTRATEGIEËN

Tot de restauratiestrategieën behoren, om te beginnen, de veel gehoorde pleidooien voor de verbetering van de wetgevingstechniek. De wettelijke regels moeten scherper, duidelijker of juist meer algemeen worden geformuleerd. Als voordeel van scherpe normen wordt gezien dat zij – in vergelijking met open of vage normen – billijker zijn, omdat ze de beslissende instantie dwingen consistent op treden, dat wil zeggen (in juridisch opzicht) gelijke gevallen ook gelijk te behandelen. Zo wordt voorkomen dat een rechter of een bestuursorgaan zich bij de wetstoepassing te veel laat leiden door de bijzondere omstandigheden van het geval of zijn eigen (voor-)oordelen. Bovendien zou een scherpe normstelling het recht meer zeker en voorspelbaar maken.[9] Oldenziel (1998: 225-226) geeft aan dat de rechtszekerheid het meest gediend is met normen die zowel scherp als eenvoudig en beknopt van aard zijn. Gedetailleerde normen verkleinen weliswaar de beslissingsvrijheid van het bestuur, maar zijn vanwege hun complexiteit vaak moeilijk te begrijpen voor de burger. Volgens Eijlander (2001: 25) dienen wettelijke regels, omwille van zowel de nalevings- als de handhavingsbereidheid, “gericht, sober en overtuigend” te zijn. Bovendien wijst hij op het belang van de duurzaamheid van regels. In de wet dienen in ieder geval de “wezenlijke bepalingen” te worden opgenomen.

“De wetgever zal (...) betrouwbaar en consistent moeten zijn om werkelijk gezag en vertrouwen te genieten bij de rechtsgenoten. Dit betekent dat er behoefte bestaat aan ‘robuuste’ en ‘slijtvaste’ regels die niet te vaak wijziging behoeven. Uiteraard heeft dat gevolgen voor de aard en wijze van normstelling.
Een robuuste wetgever streeft naar bestendige regels waarin de wezenlijke bepalingen van een regelingsstelsel zijn vervat.”

Scheltema (1997: 11) staat een meer algemene normstelling voor. Hij vraagt zich retorisch af, of “het niet veel beter [zou] zijn wanneer de wet zich zou beperken tot de hoofdlijnen, en de gevallen die wel degelijk overzien kunnen worden, met daaraan gekoppeld de gedachte dat over de nadere invulling van de regels regelmatig gerapporteerd moet worden.” Aan sturing op basis van scherpe normen is zijns inziens het risico verbonden dat er door de wetgever ongewenste nevengevolgen optreden. Open normen hebben, aldus de voorstanders, het voordeel dat zij pas echt materiële gelijkheid mogelijk maken, doordat alle relevante overeenkomsten en verschillen tussen gevallen in de overweging betrokken kunnen worden. Voorts kan met behulp van open normen flexibel worden gereageerd op veranderde omstandigheden, terwijl scherpe normen betrekkelijk star zijn en dus sneller verouderd raken.[10]

Een volgende restauratieve strategie, die nauw met de eerste samenhangt, bestaat uit een herijking van het legaliteitsbeginsel en het hieraan ten grondslag liggende wetsbegrip. Böhtlingk (1958: 17) stelt voor het geldende materiële wetsbegrip, waartoe algemene rechtsregels worden gerekend die de burger rechtstreeks binden, te verruimen tot alle algemene regels. Dat betekent dat het gehele overheidshandelen – ongeacht of het nu naar binnen of naar buiten werkt en of het wel of geen verboden of geboden aan de burger oplegt – onder de heerschappij van de wet wordt gebracht. Voor het voeren van een subsidiebeleid is dan dus ook een wettelijke grondslag vereist.[11] Alleen privaatrechtelijk overheidshandelen valt buiten het aldus verruimde materiële wetsbegrip. Van der Vlies acht een dergelijke verruiming ongewenst, omdat deze zou leiden tot een overbelasting van de wetgever. In plaats daarvan stelt ze voor, de wetgever de hoofdlijnen van een regeling te laten vastleggen, voorzover die ingrijpende besluiten betreffen. Onder 'ingrijpende besluiten' verstaat zij:

1. besluiten aangaande de eerste levensbehoeften dan wel fundamentele rechtsbeginselen (waaronder het verlenen van bevoegdheden aan andere organen om ze uit te werken);
2. besluiten waardoor (nagenoeg) onontkoombare dwang zal ontstaan om conform het besluit te handelen, en
3a. besluiten waarover diepgaande meningsverschillen in de samenleving blijken te bestaan, of
3b. besluiten waarbij fundamentele zaken geraakt worden die de staatsorganisatie betreffen en waarbij het bestuur een eigen belang heeft dan wel de schijn daarvan bestaat". (Van der Vlies 1984: 105-106)

Alleen de wetgever is bevoegd om ingrijpende besluiten te nemen; het bestuur mag ze slechts uitvoeren. Bij het nemen van ingrijpende besluiten is de wetgever gebonden aan wat Van der Vlies (1984: hoofdstuk 8) aanduidt met 'algemene beginselen van behoorlijke regelgeving'. Tot deze beginselen behoren onder meer de vereisten dat aan het besluit een duidelijke doelstelling ten grondslag ligt; dat het besluit uitvoerbaar moet zijn; en dat bij het nemen van het besluit gestreefd moet worden naar consensus met de direct betrokkenen. Als bezwaar tegen het voorstel van Van der Vlies voert Van Ommeren (1998: 91) aan dat besluiten die niet eenzijdig verplichtingen opleggen, op grond van haar omschrijving als 'ingrijpend' kunnen worden aangemerkt, terwijl allerlei verplichtingen dat niet zijn en derhalve geen wettelijk grondslag zouden behoeven. Volgens Van Ommeren dienen alle, en ook alleen, eenzijdig op te leggen verplichtingen (ofwel ge- en verboden) in een wet te worden verankerd; of deze ingrijpend zijn of niet, doet er dan niet toe.

Onder de noemer van restauratie vallen ten slotte de verschillende suggesties die er worden gedaan ter professionalisering en democratisering van het wetgevingsproces. De kwaliteitszorg rond wetgeving dient in de opvatting van Eijlander en Voermans (1999: 63) sterk te worden verbeterd. Van belang is dat de wetgever met een zekere regelmaat, zowel voorafgaande aan de invoering van een wet als in de periode daarna, evaluaties laat uitvoeren (vgl. Winter, Schelte-

ma en Herweijer 1990). Tegen het "bestuurscentrisme" dient de rol van adviesorganen in het wetgevingsproces te worden versterkt (Scheltema 1984: 15). Voorts moeten ervaringen met eerdere wetgeving beter gedocumenteerd en opgeslagen worden. Dit leidt tot de notie van een *lerende wetgever* (Voermans 2000). Daarnaast wordt ervoor gepleit, de invloed van de burgers en de democratische controle op het wetgevingsproces te vergroten. De wetgever moet dus niet alleen leren leren, maar ook leren luisteren. Een belangrijk instrument daartoe is het referendum, dat binnenkort in sterk uitgeklede vorm zijn beslag in het Nederlandse recht zal krijgen. Daarmee is een bescheiden stap gezet in de richting van Rousseaus oude ideaal van een directe democratie.

10.5.2 COMPENSATIESTRATEGIEËN

Wanneer de wet onvoldoende bescherming biedt tegen machtsmisbruik door de overheid en andere maatschappelijke actoren, dienen de waarborgen deels of grotendeels ergens anders te worden gezocht. Algemeen wordt geconstateerd dat de machtsbalans verstoord is geraakt, omdat het bestuur in de verzorgingsstaat veel macht naar zich toe heeft getrokken ten koste van de wetgever. Volgens Brenninkmeijer (1992: 695) is er door de versmelting van administratie en wetgever in feite een 'duas politica' ontstaan. De wetgever is te veel partijen geworden in verhoudingen waarvoor hij regels moet stellen (Scheltema 1984: 9). Een remedie hiertegen is de positie van het laatst overgebleven orgaan in de trias te versterken: die van de rechter. Reeds Böhtlingk (1958: 17) heeft ervoor gepleit, de vrijheid die de algemene regels het bestuur noodzakelijk laten, te corrigeren door een verbeterd stelsel van rechtsbescherming. De administratieve rechter dient te waken tegen schending van algemene beginselen van behoorlijk bestuur. De meeste algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn inmiddels gecodificeerd in de Algemene Wet Bestuursrecht (het zorgvuldigheidsbeginsel, het motiveringsbeginsel, het verbod van *détournement de pouvoir*, enzovoorts), maar enkele behoren nog tot het ongeschreven recht (waaronder het gelijkheidsbeginsel).[12] Een nog verdergaande stap is de rechter de bevoegdheid te geven, wetten in formele zin te toetsen aan de Grondwet. Hirsch Ballin (1991b: 356) bepleit een vorm van geconcentreerde constitutionele toetsing, waarbij een speciaal daartoe aangewezen rechterlijk college de taak krijgt een prejudiciële beslissing te nemen in gevallen waarin de rechter van oordeel is, dat de toepasbaarheid van een bepaling uit een wet in formele zin beslissend zal zijn voor de uitkomst van het onderhavige geschil. Door deze ontwikkeling kan de taak van de rechter niet meer worden gekarakteriseerd als wetstoepassing, maar eerder als afweging van belangen.[13] De traditionele binding van de rechter aan de formele wet verdwijnt daarmee; hiervoor in de plaats komt de gebondenheid aan het recht: de rechter dient het "waarderingenpatroon van onze rechtscultuur" te volgen (Hirsch Ballin 1991b: 314).

Van Schooten-van der Meer (1997: 150) ziet weinig heil in deze compensatiestrategie: "Het probleem bij door rechtersrecht verschafte waarborgen blijft vanzelfsprekend altijd weer het gebrek aan legitimatie. Bovendien blijft het altijd

weer de vraag hoelang andere overheidstakken bereid zijn rechtersrecht te aanvaarden." In plaats daarvan zoekt zij de compensatie voor de uitholling van het klassieke democratiebeginsel, die in de fase van de totstandkoming van wetgeving plaatsvindt, in de werkingsfase van wetgeving. De werkingsfase van wetgeving bestaat uit de maatschappelijke discussie die over de uiteindelijke betekenis van de wet wordt gevoerd bij de toepassing ervan. Binnen het algemene kader van de wet vindt er in het publieke domein een uitwisseling van argumenten plaats. De wet wordt daarmee een constructie die tweemaal tot stand komt: om te beginnen legt de wetgever algemene rechtsregels vast in de wet en vervolgens legt de wetsgebruiker deze uit voor het concrete geval. De aldus vastgestelde betekenis van de wet ontleent zijn democratische legitimatie aan de openbaarheid van de gevoerde discussie. Een dergelijke "dialogische legitimering" (Van Schooten-van der Meer 1997: 182) stelt wel eisen aan de te hanteren wetgevingstechniek. De wettelijke regels dienen dusdanig open te worden geformuleerd dat er voldoende ruimte voor interpretatie blijft. Deze communicatieve benadering van wetgeving is geïnspireerd op het werk van Witteveen (onder andere 1990 en 1992) en is verder uitgewerkt door Van Klink (1998: met name hoofdstuk 3). Evenwel dient aangetekend te worden, dat beide auteurs de communicatieve benadering van wetgeving nooit hebben opgevoerd als een panacee tegen het verval van de rechtsstaat.[14] In deel II, hoofdstuk 5 wordt deze benadering nader uiteengezet.

Nog een stap verder in de relativering van de wettelijke grondslag gaat de roep om alternatieven voor centrale overheidssturing, die vanaf begin jaren negentig van de vorige eeuw steeds luider klinkt vanuit zowel de wetgevingsleer als de wetgevingspraktijk. Met name wordt veel verwacht van – al dan niet geconditioneerde – zelfregulering (Eijlander en Gilhuis 1992). De wetgever is niet langer in staat de samenleving van bovenaf te besturen, maar dat is ook niet wenselijk: rechtsnormen dienen zoveel mogelijk van onderaf uit de samenleving op te komen. "De toekomstige rechtsstaat moet onder alle omstandigheden aansluiting zoeken bij het zich voortdurend ontwikkelend maatschappelijk normbesef" (Elzinga 1989: 59). In de wet dienen de formele randvoorwaarden te worden geformuleerd, binnen welk kader vervolgens de maatschappelijke besluitvorming tot stand kan komen. Actieve sturing van sociale ontwikkelingen moet zo globaal en indirect mogelijk worden gehouden. De beleidsmatige vertaling van deze visie op wetgeving is te vinden in de nota *Zicht op wetgeving* (1990-1991), afkomstig van de toenmalige minister van Justitie Hirsch Ballin. Voor de theoretische onderbouwing ervan kan worden verwezen naar de theorie van autopoiese (Teubner 1989).[15] Een andere belangrijke inspiratiebron is Fullers kritiek op de technocratische en *top down*-benadering van het instrumentalisme (vgl. Schuyt 1991: 194-195).[16] Fuller stelt onder meer dat de regulering van sociale verhoudingen dient aan te sluiten bij de intrinsieke kenmerken van sociale interacties. Omdat de betrokkenen zelf het beste hun interactiepatronen kennen, zijn zij ook het beste in staat om hiervoor regels te formuleren en deze vervolgens uit te voeren en te handhaven. Zo ontstaat tevens autonomie: burgers houden zich aan regels die ze zichzelf gesteld hebben.

Op dit punt doet zich in het vertoog van de sociale rechtsstaat een opmerkelijke spanning voor: aan de ene kant wordt de opkomst van alternatieve sturingsmiddelen (waaronder zelfregulering) als een van oorzaken voor de regulatieve crisis in de sociale rechtsstaat opgevat, aan de andere kant wordt deze juist als een remedie daartegen gepresenteerd. Deze spanning kan alleen worden opgeheven, wanneer men consequent ervoor kiest om ófwel de klassiek-rechtsstatelijke beginselen en de hieraan ten grondliggende uitgangspunten te bevestigen (maar dan kan men voornoemde alternatieve sturingsinstrumenten niet anders dan met scepsis bejegenen); ófwel de liberale beginselen en uitgangspunten vergaand te relativeren of zelfs op te geven (en dan kan men zelfregulering en alle andere parajuridische reguleringsvormen onbezwaard omarmen). Voor de eerste optie kiest Van Schooten-van der Meer (1997), getuige onder andere de ferme tiende stelling bij haar proefschrift: “Een overheid die zelfregulering aanprijst als een alternatief voor haar eigen regulering, prijst niet alleen de markt, maar prijst zichzelf daar ook uit.” De verdedigers van alternatieve sturing resteert de tweede optie. Op hen rust dan wel de bewijslast, te laten zien dat – als de klassiek-rechtsstatelijke waarborgen (in hun gangbare betekenis) niet meer voldoen – machtsmisbruik door de overheid en maatschappelijke actoren toch kan worden tegengegaan; anders is de regulatieve crisis niet opgelost, maar woekert zij in alle hevigheid voort. Hoe kan derhalve tirannie worden voorkomen?

Uit de wending naar rechtsstatelijkheid kunnen verschillende compensatiestrategieën worden afgeleid, die machtsconcentratie, zowel in de relatie overheid-burger als tussen burgers onderling, tegengaan.[17] De wending naar rechtsstatelijkheid geeft aan op welke manier aan de nationale staat gekoppelde rechtsstatelijke kwaliteitseisen getransponeerd kunnen worden naar niet-statelijke verbanden. Van de traditionele binding aan de wet is dan weinig meer over, maar er komen nieuwe bindingen voor in de plaats. Zo moet een private organisatie die verantwoordelijk is voor het stellen van regels voor een bepaalde branche (bijvoorbeeld in de vorm van een gedragscode), dat in overleg met de betrokkenen doen; aan hen hierover verantwoording afleggen; en de vastgestelde regels openbaar maken. Aangezien deze visie eerder in dit rapport uitvoerig aan bod is gekomen, wordt er hier niet verder op ingegaan. Een toepassing ervan op een concreet geval – de Wet Persoonsregistraties – volgt in deel II, hoofdstuk 4.

Zo zegeviert in de huidige tijd, na een lange periode van crisis en crisisdenken, uiteindelijk toch het optimisme. De crisis is weliswaar niet geheel voorbij, maar de algemene verwachting is dat met de vereiste restauratie en compensatie het project van de rechtsstaat weer vlot getrokken kan worden. In de woorden van Elzinga (1989: 59): “De geweldige potentie van in vrijwilligheid aanvaarde sociale of maatschappelijke normativiteit laat zien dat de democratische rechtsstaat nog een grote toekomst heeft. Er is een hechte basis voor nog veel verdergaande vormen van machtsregulering door en in het recht.”

10.6 IN NAAM VAN HET RECHT

In het vertoog van de sociale rechtsstaat zijn – vergeleken met dat van de klassieke rechtsstaat – geen fundamentele verschuivingen in de definiëring van macht waar te nemen. Nog steeds wordt blote macht opgevat als de persoonlijke, ongebonden, ongedeelde heerschappij die de bovengeschikte uitoefent over zijn ondergeschikten, ongeacht of zelfs tegen hun wil. Wat echter wel veranderd is, is de *locus* waar blote macht primair wordt gesitueerd. Terwijl in de klassieke rechtsstaat de meeste aandacht uitgaat naar de beteugeling van overheidsmacht, richt de sociale rechtsstaat zich vooral tegen vormen van macht en machtsmisbruik in de verhouding tussen burgers onderling. In de klassieke rechtsstaat worden alle burgers op dezelfde wijze aan de algemeen geldende wet onderworpen. Door aldus voorbij te gaan aan feitelijke verschillen in kennis, macht en inkomen, wordt echter *de facto* de ongelijkheid tussen mensen bestendigd. De algemeenheid van de wet, die als een van de belangrijkste waarborgen tegen machtsmisbruik door de overheid wordt gezien, zorgt er – simpel gesteld – voor dat de rijken rijker worden en de armen arm blijven. De sociale rechtsstaat tracht de bestaande maatschappelijke ongelijkheid met behulp van recht en beleid te lijf te gaan. Iedere burger, ongeacht zijn of haar afkomst, sekse, politieke overtuiging, seksuele voorkeuren, fysieke gesteldheid, enzovoorts, moet gelijke kansen krijgen om zich te ontplooien. Daartoe vindt er bijvoorbeeld inkomensnivellering in de belastingwetgeving plaats; wordt op uitgebreide schaal subsidie verleend aan het onderwijs en aan sociale en culturele instellingen; komt er een wettelijk stelsel van bijstandsverlening tot stand; en wordt voorkeursbehandeling van vrouwen, allochtonen en andere minderheidsgroepen bij wet mogelijk gemaakt.

De juridische prijs die voor een dergelijke ingrijpende interventie in maatschappelijke verhoudingen moet worden betaald, is echter dat de heerschappij van de wet langzamerhand teloorgaat. Vaak wordt volstaan met een 'lege' formele wet (een raam- of kaderwet), waarvan de materiële inhoud geheel of grotendeels door lagere regelgevers wordt bepaald. Wetgeving krijgt steeds meer een instrumenteel karakter: het te bereiken doel heiligt de gekozen middelen; eventueel verlies aan rechtsbescherming moet daarbij voor lief worden genomen. Door de grote hoeveelheid en complexiteit van de regelgeving die er op verschillende niveaus is ontstaan, weet de burger niet goed meer waar hij zich aan te houden heeft. Daarnaast is de beleidsvrijheid die bestuursorganen hebben bij de uitoefening van hun taken, sterk toegenomen. Voor veel overheidsingrijpen dat de burgers niet rechtstreeks bindt, maar dat toch diep in hun levens kan ingrijpen, is geen wettelijke grondslag vereist. De regulatieve crisis is geboren.

De afnemende betekenis van de wet als grondslag voor machtsuitoefening door de overheid is ervoor verantwoordelijk dat de band tussen recht en macht, die de klassieke rechtsstaat dacht te hebben doorbroken, weer sterker zichtbaar wordt. De kern van de rechtsstaatsidee bestaat eruit, dat de wilsvrijheid van gezagsdragers wordt beperkt door de grenzen van het recht. Als het recht, in de klassiek-rechtsstatelijke betekenis van wetgeving in formele zin, deze grenzen niet

meer of niet meer scherp trekt, wordt de wilsvrijheid van gezagsdragers in deze gedachtegang niet langer aan banden gelegd. Het bestuur kan doen wat het wil, binnen de vaak zeer algemene kaders van de wet of zelfs erbuiten. Beslissingen over onder meer de verstrekking van uitkeringen, vergunningen en subsidies, komen grotendeels in handen van individuele bestuurders. Ook de wetgever beschouwt het recht veelal als een instrument, waarover hij naar believen kan beschikken. Daarmee verliest het overheidsoptreden in toenemende mate zijn rechtskarakter. Ten eerste is de machtsuitoefening door de overheid in de verzorgingsstaat vaak persoonlijk van aard: het is met name de dienstdoende bestuurder die in het concrete geval bepaalt wat rechtens heeft te gelden. Deze macht is, ten tweede, betrekkelijk ongebonden. Het bestuur is bij het nemen van besluiten en het geven van nadere regels maar in zeer beperkte mate gebonden door de formele wet. Voorts laat de wetgever zich bij het stellen van de wet steeds minder leiden door de algemeenheidseis. Wetgeving moet juist zo concreet mogelijk zijn om aan de bijzondere noden van specifieke groepen uit de samenleving tegemoet te kunnen komen. Ten derde komt de machtenspreiding in gevaar, doordat de functies van wetgeving en bestuur niet meer door verschillende organen worden uitgevoerd. Het bestuur is mede-wetgever geworden; de klassieke trias politica is uitgekleed tot een duas politica. Ten vierde staat de democratische legitimatie van het overheidsoptreden ter discussie: het recht wordt niet alleen en ook niet voornamelijk vastgesteld door het volk of de volksvertegenwoordiging, maar door niet-gekozen bestuurders. Het schrikbeeld van de absolute staat – een *government of men, not of law* – doemt op. Het recht komt daarmee gevaarlijk dicht in de buurt van blote macht. Voor de twee andere vormen van machtsuitoefening, te weten macht als gezag en macht als uitoefening van dwang, die beide door de formele wet begrensd en gelegitimeerd worden, is steeds minder plaats.

Teneinde deze verstrengeling van recht en (blote) macht tegen te gaan, en van de verzorgingsstaat dus weer een rechtsstaat te maken, zijn de bovengenoemde strategieën ontwikkeld. Wat de restauratiestrategieën kenmerkt, is dat zij het primaat van de wet willen herstellen. Een belangrijk middel daartoe is de herijking van het klassiek-rechtsstatelijke materiële wetsbegrip. Tot de wet in formele zin worden niet langer gerekend algemene, burgers bindende rechtsregels die door (vertegenwoordigers van) het volk zijn vastgelegd, maar alle algemene rechtsregels (Böhtlingk), rechtsregels die ingrijpende besluiten betreffen (Van der Vlies) of rechtsregels die eenzijdige verplichtingen meebrengen (Van Ommeren), afkomstig van regering en Staten-Generaal gezamenlijk.
De compensatiestrategieën hebben daarentegen met elkaar gemeen dat er veelvuldig een beroep wordt gedaan op rechtsbronnen naast, boven of buiten de formele wet. De wetgever wordt allereerst opgeroepen, zich te houden aan niet wettelijk vastgelegde beginselen van behoorlijke regelgeving. Daarnaast dient hij de rechtsvorming zoveel mogelijk over te laten aan de burgers zelf, via (geconditioneerde) zelfregulering. Het bestuurshandelen wordt genormeerd door niet uitputtend in de Algemene Wet Bestuursrecht gecodificeerde algemene beginselen van behoorlijk bestuur. De rechter krijgt vervolgens de bevoegdheid, het

bestuurshandelen aan deze beginselen te toetsen en hieraan verder invulling te geven. Hierbij dient hij zich volgens Hirsch Ballin (1991b: 314) te oriënteren op het "waarderingenpatroon van onze rechtscultuur". Tot slot wordt wel gepleit voor de invoering van constitutionele toetsing, die een daartoe aangewezen rechterlijk college in staat stelt, bepalingen uit wetten in formele zin te beoordelen op hun grondwettigheid.

Met deze wijziging van het wetsbegrip en verruiming van het rechtsbegrip wordt beoogd, het vertrouwen te herstellen dat óók in de sociale rechtsstaat het recht over ons regeert. In naam van het recht beperken wetgever en bestuur de negatieve vrijheid (door bijvoorbeeld nationaal of regionaal belastingheffing te heffen) en bevorderen ze de positieve vrijheid van burgers (door de ingezamelde belastinggelden aan onderwijs of andere maatschappelijke doelen te besteden). Als overheidsinstanties daarbij fouten maken, worden zij door de rechter teruggefloten op basis van datzelfde recht. Wat het recht ook moge omvatten – van de van bovenaf opgelegde wettelijke regels tot en met spontaan van onderop uit de samenleving opgewelde normativiteit –, het is in ieder geval niet meer de individuele mens die vrijelijk, ongecontroleerd en ongebonden over het lot van andere mensen beschikt.

10.7 CENTRALE PREMISSEN

Ter afsluiting worden in het onderstaande de centrale premissen die de socialerechtsstaatsidee schragen, weergegeven. Hierbij zal in het bijzonder worden ingegaan op de verschillen met de klassieke-rechtsstaatsidee.

a) De sociale rechtsstaat laat een proliferatie van het *rechtsbegrip* zien. Terwijl in de klassieke rechtsstaat recht en wet nagenoeg samenvallen, worden in de sociale rechtsstaat nog meer rechtsbronnen erkend, waaronder met name rechtspraak, rechtsbeginselen, gewoonte en de algehele rechtscultuur. Deze alternatieve rechtsbronnen krijgen, nog steeds samen met de formele wet, een belangrijke rol toebedeeld bij de beteugeling van overheidsmacht (conform de strategie van compensatie). Bovendien verandert het wetsbegrip. Het klassieke materiële wetsbegrip omvat de algemene, burgers bindende rechtsregels die door het volk of de volksvertegenwoordiging zijn vastgesteld. In de verzorgingsstaat grijpt de overheid, behalve door het stellen van ge- en verboden, op vele andere manieren in het leven van burgers in, bijvoorbeeld door subsidiëring. Teneinde ook dergelijke overheidsinterventies onder het bereik van de wet te brengen, wordt voorgesteld alle algemene rechtsregels, rechtsregels die ingrijpende besluiten betreffen of rechtsregels die eenzijdige verplichtingen meebrengen, in formele wetgeving op te nemen (ingevolge de strategie van restauratie). Dat betekent dat deze rechtsregels, of in ieder geval de hoofdlijnen daarvan, door de regering en Staten-Generaal gezamenlijk moeten worden vastgesteld.

b) In de conceptualisering van *macht* doen zich met de opkomst van de verzorgingsstaat geen grote ontwikkelingen voor. Blote macht wordt nog steeds opgevat als de persoonlijke, ongebonden, ongedeelde heerschappij die de bovengeschikte uitoefent over zijn ondergeschikten, ongeacht of zelfs tegen hun wil. Deze macht wordt primair gelokaliseerd op maatschappelijk niveau, in de relatie tussen burgers onderling. Omwille van de materiële en immateriële ontplooiing van de burger werpt de overheid zich op als een tegenmacht tegen de bestaande maatschappelijke onderdrukking. Door het instrumentele gebruik dat de overheid van het recht maakt bij haar taakvervulling, verschijnt het overheidsoptreden echter in toenemende mate zelf als blote machtsuitoefening. De machtsuitoefening wordt niet langer afdoende beperkt en gelegitimeerd door de wet, zoals bij macht als gezag of macht als uitoefening van dwang wel het geval is. Daarmee verliest de overheid gaandeweg haar autoriteit om gezaghebbend haar wil aan de burgers op te leggen.

c) *Vrijheid* wordt in de klassieke rechtsstaat vooral negatief geduid als de afwezigheid van dwang. De burger moet zoveel mogelijk zijn eigen gang kunnen gaan, zonder dat de overheid zich met hem bemoeit. In de verzorgingsstaat komt de notie van positieve vrijheid op. Willen de burgers zich in vrijheid kunnen ontplooien, dan moeten zij zich niet hoeven te bekommeren om elementaire levensbehoeften, zoals geld, eten en gezondheid. Het is de primaire verantwoordelijkheid van de overheid, hiervoor zorg te dragen. Dit vereist een actief overheidsoptreden in plaats van staatsonthouding. In de verzorgingsstaat blijven beide vrijheidsbegrippen naast elkaar bestaan, wat tot moeilijk verzoenbare spanningen kan leiden. Hoe ver mag de staat gaan in de beperking van de individuele vrijheid met een beroep op het collectieve welzijn?

d) In reactie op de formele *gelijkheid* die in de klassieke rechtsstaat wordt gewaarborgd door de algemeenheid van de wet, komt in de sociale rechtsstaat een materieel gelijkheidsbegrip tot ontwikkeling. Niet langer wordt voorbijgegaan aan feitelijke verschillen tussen burgers in kennis, macht en inkomen (gelijkheid voor de wet), maar wordt de wet juist ingezet om deze verschillen te verminderen (gelijkheid door de wet). De opvatting van formele gelijkheid verdwijnt hiermee niet, maar komt in dienst te staan van de materiële opvatting: binnen het kader van de in de wet gegeven onderscheidingen en categorieën wordt eenieder gelijk behandeld.

e) De sociale-rechtsstaatsidee verzet zich voorts tegen het individualistische *mensbeeld* dat aan de klassieke-rechtsstaatsgedachte ten grondslag ligt. De mens is in essentie een sociaal wezen, dat in en door de interactie met andere mensen zichzelf verwezenlijkt. Bestaande tradities, sociale verbanden en het overheidsoptreden zijn geen hindernissen tot vrijheid, maar juist mogelijkheidsvoorwaarden hiervoor. De grootschalige herverdeling van middelen die in de verzorgingsstaat plaatsvindt, kan in de klassieke-rechtsstaatsidee niet anders worden opgevat dan als een schending van het eigendomsrecht

en een inbreuk op de negatieve vrijheid, terwijl de sociale-rechtsstaatsidee deze beoordeelt als een uiting van solidariteit en een verwezenlijking van positieve vrijheid.

f) *Rechtsvorming* is in de sociale rechtsstaat niet langer de exclusieve taak van de wetgever. Ook andere, niet noodzakelijk statelijke, instanties en actoren zijn actief betrokken bij het stellen van rechtsregels. Het bestuur werkt op een (vaak bijzonder vage) wettelijke grondslag lagere regelgeving uit en stelt bovendien op eigen initiatief, maar binnen het kader van zijn bestuursbevoegheid, beleidsregels op. De rechter werkt de open normen die in de wet zijn neergelegd nader uit of voorziet in een eigen normstelling daar waar er geen rechtsregels voorhanden zijn. Rechtsvorming door de rechter kan niet langer als een mechanische wetstoepassing worden gekarakteriseerd, maar is een afweging van belangen geworden in het licht van de heersende normen en waarden. Daarnaast scheppen private organisaties – al dan niet binnen het kader van de wet – zelf recht, bijvoorbeeld door middel van zelfregulering.

g) Hoewel het aantal rechtsvormen en rechtsvormers in de sociale-rechtsstaatsidee aanzienlijk is uitgebreid, wordt het recht nog steeds als een *representatie* van de wil van het volk opgevat. Ofwel, in meer hedendaagse termen, het recht dient het rechtsbewustzijn van de burgers te weerspiegelen. Op verschillende niveaus van rechtsvorming worden de bevoegde instanties opgeroepen, zoveel mogelijk aansluiting te zoeken bij de "sociale of maatschappelijke normativiteit", "het zich voortdurend ontwikkelend maatschappelijk normbesef" (Elzinga) of "het waarderingenpatroon van onze rechtscultuur" (Hirsch Ballin). De wetgever verliest hierdoor het alleenrecht op vertolking van de volkswil, maar de mogelijkheid van representatie zelf wordt niet ter discussie gesteld.

De continuïteit met de klassieke-rechtsstaatsidee is er, kortom, in gelegen dat in de sociale-rechtsstaatsidee de formele wet een belangrijke rol blijft spelen bij de beteugeling van overheidsmacht. De liberale noties van negatieve vrijheid en formele gelijkheid worden in de sociale rechtsstaat niet opgegeven. Bovendien wordt in beide versies van de rechtsstaat het recht als een weerspiegeling van de in een bepaalde rechtscultuur levende normen en waarden beschouwd. Breuklijnen worden vooral zichtbaar in de wijze waarop de staatstaak wordt ingevuld en uitgevoerd, de machtenspreiding wordt georganiseerd en het recht tot stand komt. Waar de klassieke rechtsstaat staatsonthouding betracht, zet de sociale rechtsstaat zich actief in voor de positieve vrijheid en de materiële gelijkheid van zijn burgers. Deze emancipatoire taakopvatting leidt tot een versterking van de positie van het bestuur ten koste van die van de wetgever. Het bestuur voert niet langer enkel de formele wetgeving uit, maar wordt zelf medewetgever. Bij wijze van compensatie wordt onder meer bepleit de positie van de rechter in de trias te versterken, terwijl deze overheidsmacht van oudsher – althans in de continentale traditie van de rechtsstaat[18] – juist vaak het meest werd gewantrouwd. Tot slot raakt de wetgever zijn rechtsvormingsmonopolie kwijt. In het vertoog van de

sociale rechtsstaat wordt niet alleen regelgevende bevoegdheid toegekend aan de wetgever in formele zin, maar ook aan (zelfstandige) bestuursorganen en rechters en zelfs – via een rechtsfiguur als zelfregulering – aan private organisaties.

In de volgende twee hoofdstukken wordt nader ingegaan op verschillende van de hierboven behandelde alternatieve sturingsinstrumenten, die in de sociale rechtsstaat zijn opgekomen. Allereerst wordt in hoofdstuk 4 onderzocht, in hoeverre delegatie, zelfregulering en de inzet van Zelfstandige Bestuursorganen aan rechtsstatelijke kwaliteitseisen voldoen in de casus van de Wet Persoonsregistraties. Getoond wordt hoe vanuit de wending naar rechtsstatelijkheid de macht van zowel publieke organen als private organisaties aan banden kan worden gelegd op het onderhavige terrein. Vervolgens wordt in hoofdstuk 5 een communicatieve benadering van wetgeving uitgewerkt. In dit verband komt – naast de reeds kort besproken communicatieve wetgeving – ook een minder bekend en minder geliefd alternatief voor de klassieke instrumentele sturing aan de orde, te weten symboolwetgeving. Leidende vragen zijn: wat beide typen van wetgeving inhouden en onder welke voorwaarden deze zowel effectief als verenigbaar met rechtsstatelijke beginselen zijn. Als casus hierbij fungeert de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de arbeid. In het laatste hoofdstuk wordt onderzocht, of met behulp van de voorgestelde alternatieve sturingswijzen de in de verzorgingsstaat ontstane verbinding tussen recht en macht weer ongedaan kan worden gemaakt. In meer algemene zin, gaat het er om de klassieke- en de sociale-rechtsstaatsidee, en dan met name de hierbinnen bewerkstelligde scheiding van recht en macht, te beoordelen op hun conceptuele houdbaarheid.

NOTEN

1 Op de symboolwaarde van de Algemene Bijstandswet wordt nader ingegaan in Engbersen en Jansen (1991: hoofdstuk 3).

2 Dat uit deze beroemde woorden van Böhtlingk nog steeds hoop kan worden geput, blijkt uit het feit dat Van Schooten-van der Meer (1997) het motto bij haar proefschrift hieraan heeft ontleend.

3 In deel II, paragraaf 6.4 wordt betoogd dat deze karakterisering onterecht is.

4 Vlemminx (1998) wijst erop dat het traditionele onderscheid tussen klassieke en sociale grondrechten langzamerhand aan het vervagen is. Sociale grondrechten worden steeds meer afdwingbaar, terwijl klassieke grondrechten soms ook actief overheidsoptreden vergen (bijvoorbeeld in geval van het onderwijs). Dat laat onverlet dat er bij toepassing op concrete gevallen tussen beide soorten grondrechten onverzoenbare tegenstellingen kunnen optreden.

5 Zie paragraaf 1 van dit hoofdstuk.

6 Dat is althans de algemene conclusie die uit de bundel van Derksen, Drupsteen en Witteveen (1989) kan worden getrokken.

7 In dezelfde zin, zie Hirsch Ballin (1991b: 82).

8 Zie hierover verder Stout en Hoekema (1994) en Hertogh en Huls (1998).

9 Barendrecht (1992) houdt een vurig pleidooi voor deze wetgevingstechniek.

10 Een overzicht van de voor- en nadelen van beide wetgevingstechnieken is te vinden in Van Klink (1998: 157-159).

11 Inmiddels is aan deze wens gehoor gegeven in de Algemene Wet Bestuursrecht.

12 Zoals Goorden (1997: 69) aangeeft, is met de codificatie van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur niet beoogd, de verdere rechtsontwikkeling rond deze beginselen een halt toe te roepen.

13 Zie hierover verder deel I, hoofdstuk 6.

14 Bij Populier (1997: 509ff.) en Stout (1994: 195-205) voltrekt zich een vergelijkbare communicatieve wending. Een kritische uiteenzetting met deze benadering is te vinden in Van Klink en Witteveen (2000).

15 Vgl. Huls en Stout (1992).

16 Bijvoorbeeld Van Gestel (2000: 101-107) put uitvoerig uit het werk van Fuller.

17 De wending naar rechtsstatelijkheid is dus niet zelf op te vatten als een compensatiestrategie. Doordat zij de onderscheiden kwaliteitseisen niet exclusief oplegt aan het overheidshandelen maar aan elk maatschappelijk handelen, gaat zij het kader van de rechtsstaat te buiten. Evenwel kunnen hieruit strategieën worden afgeleid, die van belang zijn voor degenen die het project van de rechtsstaat in zijn traditionele vorm wensen te behouden.

18 In de Angelsaksische traditie van de Rule of Law wordt de rechter daarentegen beschouwd als de “least dangerous branch”.

11 RECHTSSTATELIJKHEID BUITEN DE WET

EEN ONDERZOEK NAAR DE RECHTSSTATELIJKE KWALITEIT VAN ALTERNATIEVE VORMEN VAN STURING IN HET KADER VAN DE WET PERSOONSREGISTRATIES

11.1 AFNAME VAN MATERIËLE NORMSTELLING IN DE WET

Een ontwikkeling die in rechtswetenschappelijke literatuur over de sociale rechtsstaat veel aandacht krijgt, is de afname van materiële normen in de wet. Steeds vaker grijpt de wetgever naar alternatieve instrumenten om de samenleving te sturen. De vraag die hierbij opkomt, is welke gevolgen deze ontwikkeling heeft voor de rechtsstaat. In aansluiting op de in deel I beschreven wending naar rechtsstatelijkheid, gaat dit hoofdstuk ervan uit dat de afname van materiële normen in de wet geen bedreiging voor de rechtsstaat vormt, indien de alternatieve sturingsinstrumenten voldoen aan de rechtsstatelijke kwaliteitseisen. Van een crisis van de rechtsstaat is in dit perspectief alleen sprake voorzover de alternatieve wijzen van sturing de toets van de rechtsstatelijke kwaliteitseisen niet kunnen doorstaan. Daaruit vloeit de volgende stelling voort, die in dit hoofdstuk centraal zal staan:

De afname van materiële normstelling in de wet vereist een toename van de zorg voor de rechtsstatelijke kwaliteit van alternatieve sturingsinstrumenten.

Hieronder zal deze stelling worden uitgewerkt aan de hand van een bepaalde wet, te weten de Wet Persoonsregistraties.[1] Deze wet is in het kader van de bovengenoemde ontwikkeling van bijzonder belang. Aan de ene kant staat de noodzaak van een wettelijke, althans rechtsstatelijke regeling van de verwerking van persoonsgegevens buiten kijf. De registratie van persoonsgegevens raakt namelijk het grondrecht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer (zie artikel 10 lid 2 van de Grondwet). Een binding van de macht van gegevensverwerkers aan maat en regel is dus op zijn plaats. Aan de andere kant zijn bij het totstandkomen van de Wet Persoonsregistraties diverse niet-wettelijke vormen van privacyregulering geïntroduceerd. De Wet Persoonsregistraties werd en wordt op dit punt zelfs als bijzonder innovatief beschouwd (Overkleeft-Verburg 1995: hoofdstuk 5). De wet zelf bevat nog maar nauwelijks materiële normen. De regels voor het omgaan met persoonsgegevens komen met name tot stand in AMvB's, reglementen en besluiten van de Registratiekamer. Een toetsing van deze alternatieve reguleringsvormen aan de rechtsstatelijke kwaliteitseisen kan derhalve zicht geven op de beperkingen en mogelijkheden van rechtsstatelijkheid buiten de wet. Bovendien is de Wet Persoonsregistraties gelijkelijk van toepassing in de publieke en de private sector. De wet zelf biedt derhalve een aanknopingspunt om de rechtsstatelijkheid van private organisaties te toetsen en te vergelijken met de rechtsstatelijkheid van publieke organen. Om deze redenen is de Wet Persoonsregistraties de ideale casus om de praktische betekenis van de wending naar rechtsstatelijkheid te laten zien.

11.2 DE WET PERSOONSREGISTRATIES

De Wet persoonsregistraties (WPR) is in 1989 in werking getreden na een voorbereiding van meer dan 15 jaar. In 1976 had een adviescommissie onder leiding van de staatsrechtgeleerde Koopmans al geconcludeerd dat er een wettelijke regeling moest komen voor het gebruik van persoonsregistraties (Eindrapport Commissie-Koopmans 1976). Deze Commissie had zelfs een gedetailleerd voorstel voor een wettelijk regeling opgesteld, maar het wetsvoorstel dat naar aanleiding daarvan in 1981 werd ingediend, heeft het niet gehaald (*Kamerstukken II* 1981/82, 17207). Het kwam terecht in de dereguleringsoperatie van het kabinet-Lubbers I. Mede als resultaat daarvan werd in 1985 een afgeslankt voorstel gepresenteerd, dat drie jaar later is aangenomen (*Stb.* 1988, 665). Het doel van deze wet is, kort gezegd, om het gebruik van persoonsregistraties te onderwerpen aan een aantal beginselen van behoorlijk gegevensbeheer. Dat gebeurt onder meer door de transparantie van, de inspraak in en het toezicht op de persoonsregistraties te bevorderen.

De WPR kent een systeem van gelede normstelling. Dat wil zeggen dat de wet een aantal zeer algemeen geformuleerde materiële normen bevat die in een aantal stappen nadere invulling krijgen. De materiële normen zijn te vinden in de artikelen 4 tot en met 6, 8, en 11 tot met 14 WPR. Daarin wordt onder meer bepaald dat persoonsregistraties moeten worden aangelegd voor een legitiem doel en dat persoonsgegevens in beginsel alleen voor dat specifieke doel mogen worden verzameld, gebruikt en verstrekt aan derden. Deze zeer algemene beginselen moeten worden geconcretiseerd in algemene maatregelen van bestuur (delegatie), gedragscodes en reglementen (zelfregulering) en besluiten van een bij de wet ingesteld zelfstandig bestuursorgaan, de Registratiekamer (goedkeuringsbesluiten).

Delegatie

De uitwerking van de wettelijke normen geschiedt ten eerste in een algemene maatregel van bestuur. De artikelen 22 en 27 WPR bieden daarvoor de wettelijke grondslag. Deze artikelen regelen primair dat veel voorkomende persoonsregistraties kunnen worden vrijgesteld van de wettelijke verplichting om een reglement op te stellen (publieke sector) of een persoonsregistratie aan te melden bij de Registratiekamer (particuliere sector). Die vrijstelling wordt echter alleen verleend indien de persoonsregistratie aan bepaalde eisen voldoet. Die eisen vormen een gedetailleerde uitwerking van de algemene wettelijke materiële normen. Op deze manier heeft de wetgever dus de bevoegdheid om regels te stellen voor een zeer grote groep van persoonsregistraties gedelegeerd aan het bestuur.

Zelfregulering

De WPR schuift het opstellen van materiële normen voor het gebruik van persoonsgegevens in belangrijke mate door naar de personen en instanties die de gegevens verwerken. Organen van de overheid (inclusief onderwijs, gezondheidszorg en maatschappelijke dienstverlening) zijn op grond van artikel 19 WPR

verplicht om een reglement op te stellen waarin het orgaan onder meer moet specificeren voor welk doel welke gegevens worden verzameld, gebruikt en verstrekt. Houders van persoonsregistraties in de private sector zijn niet verplicht om een reglement op te stellen, maar moeten hun persoonsregistraties wel aanmelden bij de Registratiekamer op een formulier dat onder meer vastlegt voor welk doel de houder welke persoonsgegevens registreert. Aangezien de wet de houder verplicht om de aangemelde persoonsregistraties alleen voor de vastgelegde doeleinden te gebruiken, verbindt de houder zich met zijn aanmelding aan een vrij strikt geregeld regiem. In feite schept de reglements- en formulierplicht voor een deel van de materiële normen dus een vrij rigide geconditioneerd systeem van zelfregulering. De wetgever achtte het niet nodig om in aanvulling daarop ook voor de particuliere sector een algemene verplichting tot zelfregulering op te nemen in de WPR. De wetgever ging er namelijk van uit dat sectororganisaties zich door het appèl van de wetgever aangesproken zouden voelen in hun verantwoordelijkheid voor de goede naleving van de wet en derhalve op vrijwillige basis tot collectieve zelfregulering zouden overgaan (*Kamerstukken II* 1984/85, 19095, nr. 3, p. 31), hetgeen voor een deel ook is gebeurd (zie Overkleeft-Verburg 1995: hoofdstuk 6). Bovendien heeft de wetgever, als stok achter de deur, in artikel 16 de mogelijkheid opengehouden om de registraties per AMVB te reguleren. Zover is het in de praktijk nooit gekomen.

Goedkeuringsbesluiten

Een derde manier waarop de algemene wettelijke normen uitwerking kunnen krijgen is via besluiten van de Registratiekamer. Artikel 15 WPR schept namelijk de mogelijkheid om gedragscodes die binnen de particuliere sector op vrijwillige basis zijn ontwikkeld, ter goedkeuring voor te leggen aan de Registratiekamer. De Registratiekamer toetst de aan haar voorgelegde gedragscodes aan de conformiteit met de wet en aan buitenwettelijke eisen die “redelijkerwijs te stellen zijn ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer van betrokkenen” (art. 15 lid 1 WPR). Deze bepaling had de wetgever opgenomen om de houders van persoonsregistraties zekerheid te geven over de rechtmatigheid van hun activiteiten. In de praktijk heeft de Registratiekamer op basis van deze bevoegdheid een belangrijke invloed kunnen uitoefenen op de regelgeving inzake persoonsregistraties.

11.3 RECHTSSTATELIJKE KWALITEITSEISEN

Uit het bovenstaande blijkt dat de wetgever de regulering van persoonsregistraties voor een belangrijk deel heeft doorgeschoven naar de registreerders, het bestuur en de Registratiekamer. De wet bevat een zeer abstract kader van algemene materiële normen die in AMVB 's, reglementen en goedkeuringsbesluiten nader invulling moeten krijgen. De WPR past dus duidelijk in de trend van de terugtredende wetgever. In het onderstaande zal worden onderzocht welke gevolgen deze verplaatsing van beslissingsbevoegdheid heeft voor de rechtsstaat. Vanuit het oogpunt van het gangbare, op legaliteit gebaseerde begrip van de rechtsstaat is de geringe bijdrage van de wetgever aan de normering van persoonsregistraties per definitie problematisch (zie deel II, hoofdstuk 3). Wanneer

echter de klassieke beginselen van de rechtsstaat worden vertaald naar rechtsstatelijke kwaliteitseisen (zie deel I, hoofdstuk 2) ontstaat een ander beeld. Aan de rechtsstatelijke kwaliteitseisen kan namelijk ook zijn voldaan, indien de besluitvorming en belangenafweging niet plaatsvinden in het parlement, maar op het niveau van het bestuur, de registreerders of de Registratiekamer.

Bij de beoordeling van rechtsstatelijkheid van de alternatieve sturingsinstrumenten zal dezelfde indeling worden aangehouden als in deel I. Dat wil zeggen dat eerst wordt gekeken naar de kwaliteit van het totstandkomingsproces van een regeling, vervolgens naar de kwaliteit van de tekst van de regeling en ten slotte naar de verhouding van de besluitvormer tot andere machten.

11.4 BESLUITVORMING DOOR HET BESTUUR

Het Besluit Genormeerde Vrijstelling (BGV), dat een aantal standaardregistraties vrijstelt van de aanmeldings- en reglementsplicht en tegelijkertijd deze registraties normeert, is een algemene maatregel van bestuur. Het parlement is derhalve niet direct betrokken geweest bij het opstellen van het besluit. Conform de wettelijke verplichting daartoe (Art. 4 Wet op de Raad van State; Art. 3 lid 2 WPR, per 26 juli 1995 vervallen, zie *Stb*. 1995, 355), zijn de Raad van State en de Registratiekamer wel gehoord (Raad van State 1989; Registratiekamer 1989). Het ontwerp van het besluit is bekendgemaakt in de *Staatscourant* (Stcr. 1989, 140). Daarnaast meldt de Nota van Toelichting op het BGV dat in het kader van de voorbereiding van het besluit overleg is gevoerd met ‘enige deskundige personen’ en diverse organisaties binnen en buiten de overheid (*Stb*. 1990, 16: 18). De adviezen van deze instanties zouden blijkens de toelichting zelfs van grote waarde zijn geweest. Ondanks het feit dat het parlement niet direct betrokken is geweest bij het opstellen van de regels uit het BGV, is er dus wel een zekere publieke meningsvorming over het besluit op gang gebracht. Een aantal belanghebbenden en deskundigen is gehoord. Door publicatie in de *Staatscourant* van het ontwerp is enige openbaarheid gegeven aan het proces. Bovendien vond dit alles plaats binnen het wettelijke kader van de WPR. In hoeverre dit vanuit het oogpunt van rechtsstatelijkheid toereikend is, is afhankelijk van de representativiteit van de gehoorde organisaties en de mate waarin hun ideeën zijn meegenomen in de uiteindelijke versie van het besluit. Daarover zegt de Nota van Toelichting helaas niets.

Het resulterende besluit is van aanzienlijk minder kwaliteit dan het totstandkomingsproces. Het BGV moest de rechtszekerheid vergroten door voor een aantal standaardregistraties de abstracte wettelijke normen uit te werken in een set van eenvoudige, duidelijke en praktisch hanteerbare normen. Het BGV voldoet geenszins aan die kenmerken (zie Overkleeft-Verburg 1995: 402-404). Het besluit bleek in de praktijk juist de ontoegankelijkheid en complexiteit van de regeling van persoonsregistraties te vergroten, met name omdat het BGV het gebruik van de persoonsregistraties niet uitputtend regelde; het moest op vele punten nog nader worden uitgewerkt in andere wettelijke regelingen, reglementen en besluiten. Daarnaast waren de voorschriften en beschrijvingen dermate gedetailleerd

dat de speelruimte voor de praktijk vrijwel tot nul was gereduceerd, hetgeen de regeling uitermate inflexibel maakte. Het besluit legde namelijk precies vast welke organisatie welke gegevens voor welke doelen mocht gebruiken en verstrekken. Bovendien sloot de regeling slecht aan op de praktijk. Zo ging het BGV uit van gescheiden registraties voor verschillende doeleinden, terwijl in de praktijk multifunctionele informatiesystemen de standaard waren. Vanwege al deze gebreken aan het BGV werd de Registratiekamer overspoeld met vragen over de uitleg van het besluit, maar zelfs die kon niet altijd uitsluitsel geven. Om deze redenen kon het BGV onvoldoende een normerende functie vervullen. Dit tekort aan rechtszekerheid woog extra zwaar omdat de uitleg van het BGV bepalend was voor de vrijstelling van de *strafrechtelijke* plicht om een persoonsregistratie aan te melden of te reglementeren (zie art. 50 WPR).

In het algemeen wordt aangenomen dat de normen van het BGV binnen het door de wetgever gestelde kader passen als concretisering van de abstracte wettelijke normen (zie Overkleeft-Verburg 1995: 401). Derhalve zou kunnen worden gezegd dat in de verhouding wetgever-bestuur de wetgever de hoofdelementen van de regeling heeft bepaald en dat de bestuurlijke regeling deze slechts uitwerkt. Vanuit het oogpunt van machtenscheiding lijkt er dus niets aan te merken op de regeling. In het licht van machtsevenwicht kunnen evenwel vraagtekens gezet worden bij de rechtsstatelijke kwaliteit van het BGV. Van een dienende overheid mag immers een krachtig bestuur worden verwacht (zie paragraaf 2.6). Het geringe normerende effect van het BGV, dat is veroorzaakt door de bovengenoemde problemen, past daar niet bij.

11.5 ZELFREGULERING

Zoals uit paragraaf 4.2 bleek is in de Wet persoonsregistratie een belangrijke plaats ingeruimd voor zelfregulering. Daarbij moet een onderscheid worden gemaakt tussen de publieke en de private sector. De publieke sector is op grond van artikel 19 WPR verplicht om een reglement op te stellen. Voor de private sector geldt slecht een zogenaamde ‘formulierplicht’, dat wil zeggen een plicht om een aantal gegevens over de persoonsregistratie te verstrekken aan de Registratiekamer op een speciaal daarvoor bestemd formulier. Daarnaast schept de wet een procedure om vrijwillig opgestelde gedragscodes te laten goedkeuren door de Registratiekamer.

De WPR schept voor houders van persoonsregistraties geen verplichting om belanghebbenden te consulteren bij het opstellen van reglementen of het invullen van formulieren. De Memorie van Toelichting maakt duidelijk dat uitdrukkelijk is afgezien van de opname van een inspraakregeling in de WPR vanwege de “diversiteit van gevallen” (Kamerstukken II, 19 095, nr. 3, p. 22). De Memorie van Toelichting verwijst tevens naar “tal van privaatrechtelijke en publiekrechtelijke regelingen” waarin inspraak en overleg zouden zijn geformaliseerd. Voor wat betreft bestuursorganen zou daarbij kunnen worden gedacht aan het beginsel van zorgvuldige voorbereiding uit artikel 3:2 van de Algemene Wet Bestuurs-

recht. Uit een evaluatieonderzoek, dat in opdracht van het Ministerie van Justitie is uitgevoerd, blijkt echter niet dat de houders van persoonsregistraties belangenorganisaties van de geregistreerden hebben betrokken bij het opstellen van een reglement of het invullen van het formulier. Het overgrote deel van de reglementsplichtige en formulierplichtige houders heeft zelfs de Registratiekamer niet ingeschakeld (Prins e.a. 1995: 452). De onderzoekers stellen in hun aanbevelingen dan ook dat de Wet persoonsregistraties verbetering behoeft op het punt van de medezeggenschap van de geregistreerden (Prins e.a. 1995: 55).

De (facultatieve) regeling voor goedkeuring van gedragscodes van particuliere houders van persoonsregistraties bevat wel een aantal voorwaarden die de legitimiteit van de gedragscodes in het totstandkomingsproces moeten bevorderen. Bij de goedkeuring van gedragscodes eist de wet namelijk dat de gedragscode is opgesteld "in genoegzaam overleg met organisaties van belanghebbenden". In de praktijk bleek het echter bijzonder lastig om aan deze verplichting te voldoen, omdat belanghebbenden zich niet of nauwelijks hadden georganiseerd. Er heeft een tijd een Stichting Waakzaamheid Persoonsregistraties bestaan, die prompt in elk overleg werd betrokken. Omdat de overheid de stichting niet wilde subsidiëren, moest deze zich echter laten betalen door de gegevensverwerker waarmee onderhandeld werd, hetgeen ten koste ging van de onafhankelijkheid. Uiteindelijk is de stichting failliet gegaan. Andere belangenorganisaties zijn niet of nauwelijks in het overleg betrokken. Vakbonden, consumentenorganisaties en patiëntenverenigingen bleken weinig interesse te hebben in participatie (Overkleeft-Verburg 1995: 289).

De wetgever beoogde met behulp van zelfregulering onder meer de abstracte materiële normen uit de wet te concretiseren. Aangezien de reglementen, formulieren en gedragscodes juridisch bindend zijn indien de houders van de persoonsregistraties ze eenmaal hebben opgesteld en aangemeld, zouden zij een belangrijke bijdrage kunnen leveren aan de transparantie, consistentie en voorspelbaarheid van de gegevensverwerking. Op het punt van de rechtszekerheid kunnen dergelijke vormen van zelfregulering zelfs beter scoren dan de wettelijke regeling, aangezien zelfregulering specifieker (en dus duidelijker) kan zijn en bovendien beter kan aansluiten op de praktijk (en dus makkelijker naleefbaar kan zijn) dan een wettelijke regeling.

In de praktijk bleken deze voordelen echter lang niet altijd uit te komen (zie Overkleeft-Verburg 1995: hoofdstuk 13). Een groot deel van de houders van persoonsregistraties heeft in het geheel geen reglementen opgesteld of formulieren ingediend, en van de minderheid die dat dit wel heeft gedaan was de bijdrage veelal kwalitatief onder de maat. In het algemeen waren alleen de inzendingen van de houders van persoonsregistraties die reeds op andere gronden dan de WPR een 'privacy-attitude' hadden ontwikkeld, kwalitatief acceptabel. De bijdrage van deze vorm van zelfregulering aan de normering van persoonsregistraties bleek derhalve gering (zie ook Prins et al. 1995: 44).

Voorzover er wel sprake is van zelfregulering op grond van reglements- en formulierplicht blijkt overigens dat zich daarbij dezelfde problemen voordoen als bij regulering via wetgeving. De via reglementen en formulieren vastgelegde regels voor het gebruik van persoonsgegevens bleken in praktijk uitermate star en sloten daardoor op den duur niet goed aan op de praktijk.

De openbaarheid van de reglementen en formulieren is wettelijk gewaarborgd. Artikel 19 lid 2 eist dat een reglement alsmede de wijziging en intrekking daarvan openbaar wordt gemaakt en ter inzage wordt gelegd. Artikel 24 lid 4 bevat een soortgelijke bepaling voor de formulieren. Goedgekeurde gedragscodes maakt de Registratiekamer publiek tezamen met het goedkeuringsbesluit (art. 15 lid 4 WPR).

De Registratiekamer kon de gebrekkige kwaliteit van de reglementen en formulieren nauwelijks bijsturen omdat de kamer niet bevoegd is deze preventief te toetsen. Die mogelijkheid had de Registratiekamer wel ten aanzien van de gedragscodes die het kreeg voorgelegd in het kader van de goedkeuringsprocedure van artikel 15. Van die bevoegdheid heeft de kamer ook gebruik gemaakt. Zo verleende de Registratiekamer gedragscodes die louter de wettelijke normen 'papegaaiden' geen goedkeuring, omdat zij geen meerwaarde boden boven het vigerende WPR -regime (Overkleeft-Verburg 1995: 286). Bovendien toetste de Registratiekamer de gedragscodes aan de algemene beginselen van behoorlijke regelgeving, zoals neergelegd in de Aanwijzingen voor de regelgeving van het Ministerie van Justitie (Overkleeft-Verburg 1995: 302). Zodoende heeft de betrokkenheid van de Registratiekamer bijgedragen aan de rechtsstatelijke kwaliteit van de gedragscodes.
Vanuit het oogpunt van machtenscheiding is het van belang dat de zelfregulering zoals die in de WPR heeft vorm gekregen, in vrij vergaande mate wettelijk geconditioneerd is en dat de rechter te allen tijde de rechtmatigheid van een gedragscode of reglement kan toetsen. In feite is de regelgevende macht dus verdeeld tussen de wetgever, de rechter en de houder van een persoonsregistratie. Daarnaast speelt de Registratiekamer een niet onbelangrijke rol, zo zal uit de volgende paragraaf blijken.

11.6 BESLUITVORMING DOOR DE REGISTRATIEKAMER

Door de houders van persoonsregistraties en door de belangenorganisaties van geregistreerden werd de regeling voor gedragscodes in de WPR doorgaans geïnterpreteerd als een vorm van autonome zelfbinding (Overkleeft-Verburg 1995: 264). Zij gingen ervan uit dat overheidsinterventie in het onderhandelingsresultaat dat de marktpartijen onderling hadden bereikt, in beginsel uit den boze was. De goedkeuringsprocedure bij Registratiekamer zag men dan ook primair als een rechtszekerheidservice voor de houders, die de rechtmatigheid van hun opgestelde gedragscode certificeerde. De Registratiekamer had echter een andere visie op de functie van de gedragscode en de goedkeuringsprocedure (Overkleeft-Verburg 1995: 298). De kamer zag de gedragscode primair als een sturingsinstru-

ment om de implementatie van de wettelijke normen te vereenvoudigen. De gedragscode zag men dus als een vorm van co-regulering, in plaats van autonome zelf-regulering. De Registratiekamer speelde in deze visie de rol van een uitvoeringsinstantie die via de goedkeuringsprocedure de rechtmatigheid en doelmatigheid integraal moest toetsen. Hoewel de houders niet verplicht waren om hun gedragscodes ter goedkeuring voor te leggen aan de Registratiekamer, en de rechter formeel niet gebonden was aan een goedkeuringsbesluit van de Registratiekamer, zou in deze visie de besluitvorming over gebruik van persoonsregistraties voor een belangrijk deel naar de Registratiekamer schuiven. Aangezien de laatstgenoemde visie de uitvoeringspraktijk heeft bepaald, dringt de vraag zich op wat voor gevolgen deze verschuiving heeft voor de rechtsstatelijkheid van de besluitvorming. Die vraag valt uiteen in twee onderdelen. De bemoeienis van de Registratiekamer met de gedragscodes kan namelijk enerzijds worden gezien als een inbreuk op de vrijheid van de houders om informatie te verzamelen en gebruiken. Die inbreuk door de overheid moet voldoen aan de rechtsstatelijke kwaliteitseisen. Anderzijds zou de goedkeuringsprocedure een bijdrage kunnen leveren aan de rechtsstatelijkheid van het gebruik van persoonsregistraties in de particuliere sector. De bemoeienis van het overheidsorgaan zou dan de rechtsstatelijkheid in horizontale verhoudingen bevorderen. In paragraaf 4.5 kwam al ter sprake dat de goedkeuringsprocedure de rechtsstatelijkheid van de persoonsregistraties in de particuliere sector heeft bevorderd. De rechtsstatelijkheid van het goedkeuringsbesluit zelf wordt in deze paragraaf bestudeerd.

Ten aanzien van de voorbereiding van het goedkeuringsbesluit heeft de Registratiekamer gekozen voor een vorm van onderhandelend bestuur. De Registratiekamer onderhandelt vanaf het begin met de opsteller van een gedragscode over de gewenste inhoud daarvan. De uitkomst van de onderhandelingen ziet men als een convenant, waarin enerzijds de houder zich verplicht om zich aan de gedragscode te houden (zie Overkleeft-Verburg 1995: 265 en 280). Anderzijds bindt de Registratiekamer zich aan zijn goedkeuring, hetgeen onder meer relevant is bij de uitvoering van de toezichthoudende taak van de kamer. Om de openbaarheid van het onderhandelingsproces te garanderen is in artikel 15 lid 3 WPR bepaald dat de Registratiekamer eenieder in de gelegenheid moet stellen schriftelijke bedenkingen of opmerkingen in te brengen alvorens goedkeuring te verlenen. De Registratiekamer heeft aan deze plicht voldaan door telkens wanneer zij overeenstemming had bereikt met de opstellers van gedragscodes, het resultaat te publiceren in de *Staatscourant* met een verzoek om schriftelijk commentaar. In de praktijk kwamen er echter vrijwel geen of geen reacties op dit verzoek, hetgeen niet zo verwonderlijk is gezien de lezersdichtheid van het gekozen medium.

Het gebrek aan openbaarheid klemt te meer omdat de Registratiekamer een zelfstandig bestuursorgaan is. Om effectief toezicht te kunnen houden op het gebruik van persoonsregistraties in onder meer de publieke sector, heeft de Registratiekamer een zekere onafhankelijkheid gekregen ten opzichte van de regering. Gevolg van deze onafhankelijkheid is dat de minister en het parlement geen

invloed kunnen uitoefenen op de wijze waarop de Registratiekamer de gegevensverwerking stuurt. Het gebrek aan publieke meningsvorming tijdens de besluitvorming wordt dus ook niet gecompenseerd door een verantwoordingsplicht achteraf.

Een ander punt waarop de rechtsstatelijke kwaliteit van de goedkeuringsprocedure tekortschiet is de weinig onbevooroordeelde opstelling van de Registratiekamer. De Registratiekamer ziet zichzelf namelijk niet louter als een onpartijdige toezichthouder, maar ook als 'privacywaakhond' (Overkleeft-Verburg 1995: 695). Het is zeer de vraag of een instantie die zich zó nadrukkelijk opstelt als *single issue*-belangenbehartiger niet te vooringenomen is om beslissingen te nemen over de rechtmatigheid van gedragscodes.

Ook ten aanzien van het resultaat van de besluitvorming is de rechtsstatelijkheid van de goedkeuringsprocedure niet optimaal. Zoals gezegd, ziet de Registratiekamer het resultaat van de onderhandeling als convenant. Dat lijkt te suggereren dat andere houders geen rechten kunnen ontlenen aan de invulling van de rechtmatigheid en doelmatigheid in het besluit, hetgeen in strijd zou zijn met het gelijkheidsbeginsel. Aangezien de kamer haar eigen uitspraken zelf als richtlijn gebruikt bij het goedkeuringsbesluit in vergelijkbare gevallen, lijkt het duiden van het goedkeuringsbesluit als een beleidsregel meer op zijn plaats (Overkleeft-Verburg 1995: 260). Hoewel de rechter altijd kan afwijken van de goedkeuring, staat vast dat de Registratiekamer in elk geval ten opzichte van de houder aan wie goedkeuring wordt verleend, en mogelijk ten opzichte van derden, gebonden is aan haar goedkeuringsbesluit op grond van het vertrouwensbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel.

Het goedkeuringsbesluit moet op grond van artikel 15 lid 4 WPR in de *Staatscourant* worden gepubliceerd. De afwijzing van een goedkeuring vreemd genoeg niet. Dit verschil is wellicht verklaarbaar vanuit het oogpunt van de bescherming van het imago van de betrokken organisatie, maar is in strijd met het openbaarheidsvereiste. Lid 7 van artikel 15 WPR eist dat de beslissing op het verzoek (ook negatieve beslissingen) met redenen omkleed is. Het zou de begrijpelijkheid, duidelijkheid en openbaarheid van de besluitvorming van de Registratiekamer sterk ten goede komen indien deze motivering ook toegankelijk werd gemaakt voor het brede publiek.

Wat betreft de relatie tot andere machten, valt op dat de Registratiekamer weinig tegenwicht wordt geboden. Zoals aangegeven, is de Registratiekamer een zelfstandig bestuursorgaan, hetgeen betekent dat in beginsel noch de minister, noch het parlement direct invloed kan uitoefenen op het beleid van de Registratiekamer. Artikel 15 lid 6 WPR verklaart weliswaar dat de rechter niet gebonden is aan een goedkeuringsverklaring van de Registratiekamer, maar de toets die de rechter uitvoert, zal voor wat betreft de beleidsmatige aspecten nooit meer dan marginaal zijn (Overkleeft-Verburg: 257). Bovendien sluit de wet beroep tegen de beslissingen van de Registratiekamer expliciet uit (art. 15 lid 7 WPR). Dat heeft tot

patstellingen geleid in die gevallen dat de Registratiekamer en de houder van een persoonsregistratie het niet eens konden worden over een gedragscode.

11.7 DE WENDING NAAR RECHTSSTATELIJKHEID

Indien het gebruik van delegatie, zelfregulering en een zelfstandig bestuursorgaan in het kader van de regulering van persoonsregistraties zou worden getoetst aan de beginselen van de klassieke rechtsstaat, kon de conclusie over de rechtsstatelijkheid daarvan kort zijn. De Wet persoonsregistraties biedt een wettelijke grondslag voor de bevoegdheid van het bestuur om bij AMVB veel voorkomende persoonsregistraties te reguleren en tevens voor de bevoegdheid van de Registratiekamer om de gedragscodes te beoordelen. Daarnaast schept de wet een algemeen kader dat het gebruik van persoonsregistraties op hoofdlijnen regelt. Hoewel de materiële normen in de wet abstract zijn, lijkt er derhalve voldaan aan de klassieke eisen van het legaliteitsbeginsel. Daarmee is tevens recht gedaan aan de scheiding van machten en is ook de democratische legitimatie van het geheel verzekerd. Niettemin ontsnapt het zwaartepunt van de regeling aan een rechtsstatelijke toets, want juist in de besluiten van het bestuur, de houders en de Registratiekamer vindt de belangrijkste belangenafweging plaats en krijgt de regulering van persoonsregistraties vorm. De wending naar rechtsstatelijkheid maakt het mogelijk om ook de rechtsstatelijke kwaliteit van die buitenwettelijke besluitvorming te beoordelen.

Toetsing van de Wet persoonsregistraties aan de rechtsstatelijke kwaliteitseisen toont onder andere aan dat meer aandacht moet worden besteed aan de kwaliteit van de publieke meningsvorming bij de voorbereiding van de maatregelen, reglementen en besluiten. Nu bestaan er nauwelijks procedures die de daadwerkelijke inspraak van alle belanghebbenden garanderen. Bovendien wijst de problematiek rondom de Stichting Waakzaamheid persoonsregistraties op de praktische beperkingen van een inspraakregeling. Sommige belangen zijn onvoldoende georganiseerd om mee te kunnen tellen.

Ook de kwaliteit van de buitenwettelijke regels is een onderwerp van zorg, zo blijkt uit het bovenstaande. Anders dan soms wordt gedacht, leidt de terugtred van de wetgever niet tot deregulering. Integendeel, de casus van de Wet persoonsregistraties toont juist aan dat het aantal regels toeneemt indien de wetgever zich beperkt tot het stellen van abstracte normen. Die toename van regels bevordert de complexiteit en ontoegankelijkheid van de regeling aanzienlijk. Bovendien kan de gedetailleerde uitwerking van de wettelijke normen in AMVB 's of reglementen leiden tot een starre regeling die niet aansluit op ontwikkelingen in de praktijk.

Wat betreft de verhouding tussen verschillende machten, valt aan de casus van de Wet persoonsregistraties met name de positie van de Registratiekamer op. Hoewel de wet het bestuursorgaan nauwelijks dwingende bevoegdheden toekent, heeft de Registratiekamer zich in de praktijk kunnen ontwikkelen tot de

meest invloedrijke partij op het gebied van de vormgeving en uitleg van de regelgeving. Ook een dergelijke feitelijke macht verdient tegenwicht.

De studie van de Wet persoonsregistraties toont dus aan dat de wending naar rechtsstatelijkheid zich maar ten dele heeft voltrokken in de praktijk. In het kader van de regulering van het gegevensverkeer wordt op dit moment nog onvoldoende aandacht besteed aan de rechtsstatelijke kwaliteit van alternatieve sturingsinstrumenten. De zorgen over de crisis van de rechtsstaat, die zou ontstaan door de terugtred van de wetgever, zijn in dit geval dus niet volledig weggenomen.

NOTEN

1 De Wet persoonsregistraties is per 1 september 2001 vervangen door de Wet Bescherming persoonsgegevens (WBP). Aangezien er op het moment van het schrijven van dit hoofdstuk nog geen gegevens bekend waren over de werking van de nieuwe wet in de praktijk, richt deze studie zich uitsluitend op de oude Wet persoonsregistraties. Omdat de in deze studie behandelde alternatieve sturingsinstrumenten terugkeren in de WBP, zijn veel van de beschouwingen daarover ook van toepassing op de WBP.

12 EEN COMMUNICATIEVE BENADERING VAN WETGEVING

12.1 SYMBOLIEK IN DE RECHTSSTAAT

Uit de rechtsstaatsgedachte vloeit de eis voort dat rechtsnormen zo precies mogelijk geformuleerd dienen te worden (Van der Vlies 1987: 212-215). Burgers moeten weten waar ze aan toe zijn. Vage normen zouden onvoldoende houvast geven en daarmee ook willekeur in de rechtstoepassing door bestuur of rechter bevorderen. Vanwege de rechtszekerheid en rechtsgelijkheid wordt de wetgever dus geacht duidelijke, zo mogelijk eenduidige, boodschappen uit te zenden, en zich verre te houden van vage beloften. Toch komt het herhaaldelijk voor dat de wetgever tegen dit rechtsstatelijk beginsel van de heldere normstelling zondigt. Niet alleen in onze Grondwet zijn verschillende abstract geformuleerde normen opgenomen, zoals het discriminatieverbod van artikel 1, maar ook in wetgeving in formele zin zijn deze te vinden. Men kan hierbij onder meer denken aan het gebod om “gevaar” of “hinder” op de weg te voorkomen (art. 5 Wegenverkeerswet), de plicht tot het in acht nemen van “voldoende zorg” voor het milieu (art. 1.1a Wet Milieubeheer) en het verbod om ‘indirect onderscheid’ te maken ingevolge de gelijke-behandelingswetgeving. Vanuit de rechtswetenschap wordt hierop vaak afwijzend gereageerd (Barendrecht 1992, Oldenziel 1998; Van Zaltbommel 1993, e.a.). Gesproken wordt over de ‘onmacht’ van de wetgever: in onze steeds complexer wordende samenleving is een gedetailleerde normstelling via de formele wet op veel gebieden onmogelijk geworden. Bovendien laadt de wetgever met een vaag geformuleerde norm de verdenking op zich het gedrag van burgers slechts symbolisch te willen reguleren. Fraaie principes of idealen kunnen wel wettelijk vastgelegd worden, zolang echter onduidelijk blijft wat deze in concreto inhouden, zullen ze van geringe betekenis zijn voor de rechtspraktijk.

In zijn proefschrift is Van Klink (1998) ingegaan op twee typen van wetgeving die zich bedienen van een vage of open normstelling: symboolwetgeving en communicatieve wetgeving. Deze beide typen van wetgeving bieden een alternatief voor de gangbare instrumentele sturingswijze waarbij het geboden of verboden gedrag scherp wordt omschreven en afschrikwekkende sancties zijn gesteld op niet-naleving van de aldus vastgestelde norm (Gusfield 1967: 176-178). De vraag is wat deze alternatieve sturingsinstrumenten eigenlijk inhouden en in hoeverre ze verenigbaar zijn met rechtsstatelijke vereisten. In dit hoofdstuk wordt allereerst een algemene karakterisering van symboolwetgeving en communicatieve wetgeving gegeven. Vervolgens wordt onderzocht, onder welke voorwaarden er zowel een effectief als een rechtsstatelijk verantwoord gebruik van deze instrumenten kan worden gemaakt. Leidende stelling daarbij is:

Communicatieve sturing met behulp van open normen is geen wondermiddel dat ter bestrijding van elke maatschappelijke kwaal kan worden ingezet. Het gebruik van open normen dient in beginsel tot drie probleemsituaties te worden beperkt:

(1) de wetgever heeft onvoldoende kennis over een bepaald, technisch ingewikkeld onderwerp in huis om zelf gedetailleerde regels op te stellen; (2) de te reguleren materie laat zich niet in algemene termen vatten op grond van conceptuele complexiteit; en (3) de materie is in ideologisch opzicht erg beladen. Zodra deze problemen van cognitieve, conceptuele en/of ideologische aard na afkondiging van de wet zich gaandeweg oplossen, is het de taak van de wetgever om tot aanscherping van de normstelling over te gaan. Symboolwetgeving is alleen geoorloofd, wanneer het voortbestaan van de rechtsstaat op het spel staat. Als de crisis is bezworen, dient de wetgever een échte regeling te treffen.

Tot slot wordt aan de hand van de algemene karakterisering getoond, hoe evaluatie van specifieke wetgeving kan plaatsvinden, te weten de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de arbeid uit 1989.

12.2 ALTERNATIEVEN VOOR INSTRUMENTELE STURING

Wat maakt een wet symbolisch?[2] In de rechtssociologie spreekt men over het algemeen van 'symboolwetgeving', wanneer een wet wordt uitgevaardigd met de bedoeling om binnen de samenleving te functioneren als een *symbool* (Arnold 1938; Aubert 1971; Gusfield 1976). De vraag die zich dan onmiddellijk aandient, is wat een symbool eigenlijk is. Hierover bestaan binnen de menswetenschappen verschillende opvattingen (Nöth 1990: 115-120). In de semiotiek van Eco (1984: 131-163) worden symbolen opgevat als een bijzonder soort van connotatieve tekens, dat wil zeggen tekens die naast hun gebruikelijke, letterlijke of conventionele, betekenis (of: denotatie) nog een secundaire betekenis (of: connotatie) overdragen. Een bestaande eenheid van uitdrukking en inhoud, die de basis vormt voor een 'gewoon' teken, fungeert hierbij als uitdrukking voor een nieuwe inhoud. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan het teken 'zon' dat niet alleen de primaire betekenis 'hemellichaam', maar ook nog connotaties als 'ontspanning' en 'vakantie' met zich brengt.

Net als elk connotatief teken kenmerkt een symbool zich door een gelaagde betekenisstructuur. De secundaire betekenis die het overdraagt, heeft echter meestal een vager en onbepaalder karakter dan de gewone connotatie. Er bestaat geen vooraf vastgestelde code die de interpretatie van een symbool stuurt of vastlegt. Symbolen representeren, zoals Nöth aangeeft (1990: 119), een "immaterial content of importance to human life". In veel gevallen zijn er 'hogere' waarden van geestelijke aard in het geding. Zo is Lady Di na haar tragische dood voor veel mensen uitgegroeid tot een symbool voor idealen als opofferingsgezindheid, menselijkheid en naastenliefde. Karakteristiek voor een symbool is dat de letterlijke betekenis, hoewel duidelijk van minder belang, toch behouden blijft: Lady Di is ook de historische figuur die prinses van Wales was, getrouwd was met prins Charles, twee kinderen op de wereld heeft gezet, enzovoorts. In de ontstane heldenverering verdwijnen deze elementaire levensfeiten echter allengs naar de achtergrond ten gunste van de hogere waarden die de prinses voor velen symboliseert. Een bekend, maar erg versleten, juridisch symbool is Vrouwe Justitia

die staat voor een strenge, onpartijdige en rechtvaardige rechtstoepassing.

12.2.1 DE WET ALS SYMBOOL

Wanneer een wet wordt gezien als een symbool, betekent zij ook iets anders en iets meer dan op het eerste gezicht lijkt. De wetgever wil met een dergelijke wet een teken in het leven roepen, waarvan de betekenis uitstijgt boven de hierin vastgelegde gedragsregels (Kindermann 1989: 265). De wet in kwestie dient met andere woorden een semantische meerwaarde te krijgen voor de samenleving of één of meerdere groeperingen daarin. In de gangbare betekenis van het woord kan een wet worden beschouwd als een verzameling van materiële bepalingen (geboden, verboden, vrijstellingen en/of toestemmingen), die mogelijk worden ondersteund door bepalingen ter handhaving en sanctionering die de naleving ervan waarborgen, bijvoorbeeld door middel van dreiging met gevangenisstraf of een boete. In geval van symboolwetgeving tracht de wetgever aan deze primaire of letterlijke betekenislaag nog een tweede, symbolische laag toe te voegen. Symboolwetgeving wordt dus, evenals het symbool zelf, gekenmerkt door een gelaagde betekenisstructuur: op de primaire (of letterlijke) betekenislaag bevindt zich de conceptuele inhoud van de materiële bepalingen en de bepalingen ter handhaving en sanctionering, terwijl de secundaire (of symbolische) laag bestaat uit de geestelijke waarden die hieraan worden toegekend. Met deze geestelijke waarden worden doelen met een sterk politiek[2] karakter gediend, zoals bezwering van een maatschappelijk conflict.

De secundaire betekenis die een symboolwet krijgt, verdringt grotendeels de ‘eigenlijke’ of ogenschijnlijke betekenis van deze wet. Dat houdt in dat het niet zozeer gaat om het afdwingen van bepaalde gedragsnormen en daardoor het bereiken van de hieraan ten grondslag liggende doelstelling(en), als wel om de expressie van geestelijke waarden in de politieke sfeer. Om die reden laat de wetgever opzettelijk na voldoende maatregelen te nemen om de naleving van de wet te waarborgen. Ook bevat een symboolwet in veel gevallen vage normen die – in ieder geval voor de normadressaten en/of leden van de doelgroep – niet of nauwelijks te begrijpen zijn, of zelfs contradictoire normen. De geestelijke waarden waaraan een symboolwet uitdrukking geeft, kunnen zeer uiteenlopend van aard zijn en hoeven ook niet voor elke sociale groep in de samenleving dezelfde te zijn. Bovendien wijzigen interpretaties in de loop van de tijd. Aalders (1984) heeft laten zien dat de milieubeweging de Hinderwet aanvankelijk, ten tijde van de parlementaire discussie over de wijziging van de wet in 1981, beschouwde als een morele overwinning op de industrie. Toen in een later stadium de voorgestelde maatregelen ter bestrijding van gevaar, schade of hinder, volstrekt onvoldoende bleken, symboliseerde de wet voor de milieubeweging juist de misleiding door de overheid.

12.2.2 EFFECTIVITEIT EN LEGITIMITEIT VAN SYMBOOLWETGEVING

In tegenstelling tot instrumentele wetgeving is symboolwetgeving niet gericht op normconformiteit, maar op het bereiken van andere, hiervan onafhankelijke

effecten (Griffiths 1978: 11). Aangezien deze onafhankelijke effecten primair in de geestelijke sfeer liggen en een sterk politiek karakter kennen, worden dergelijke effecten als 'negatief-symbolisch' aangeduid. Met een symboolwet kunnen drie verschillende negatief-symbolische effecten worden nagestreefd: (i) de bevestiging van het normenstelsel dat een bepaalde sociale groep verdedigt; (ii) de demonstratie van de daadkracht en het handelingsvermogen van de regering; of (iii) de oplossing van een maatschappelijk conflict tussen twee (of meer) ongelijkwaardige groepen of partijen. Met deze beoogde effecten corresponderen drie 'ideaaltypische' vormen van symboolwetgeving, te weten: statuswetgeving, illusiewetgeving en compromiswetgeving (Kindermann 1988: 230-239). Statuswetgeving heeft om te beginnen tot doel het aanzien dat een bepaalde groep geniet in de samenleving, te vergroten. De Amerikaanse drooglegingswetgeving uit het begin van deze eeuw, die een officiële erkenning inhield van de ascetische, protestantse moraal, is hiervan een bekend voorbeeld (Gusfield 1976). Vervolgens probeert de regering met de uitvaardiging van een illusiewet de schijn te wekken dat zij een bepaalde crisissituatie volledig onder controle heeft. Ook is het mogelijk dat een illusiewet uitgevaardigd wordt op voornamelijk electorale gronden: voor de verkiezingen willen de regerende partijen laten zien wat zij waard zijn. Volgens Holtmaat (1998: 57) was dat het geval bij het voorstel tot strafbaarstelling van belaging, dat in 2000 kracht van wet heeft gekregen. Bij compromiswetgeving gaat het er ten slotte om: groepen of partijen die in het wetgevingsproces lijnrecht tegenover elkaar staan, tijdelijk met elkaar te verzoenen door middel van een schijncompromis, zoals in het geval van de Hinderwet.

Hieruit blijkt dat met symboolwetgeving wel degelijk instrumentele doelstellingen kunnen worden verbonden. Het is dus een misverstand te denken dat symboolwetgeving de absolute tegenhanger vormt van instrumentele wetgeving en overeenkomt met expressiewetgeving, die 'enkel' een officiële bekrachtiging van fundamentele waarden behelst, of dat symboolwetgeving gelijkstaat met geheel ineffectieve wetgeving. Symboolwetten staan niet buiten de sociale werkelijkheid, maar kunnen er wel degelijk invloed op uitoefenen. Ook ontbreekt het de wetgever niet aan de intentie de werkelijkheid te beïnvloeden. Een symboolwet functioneert alleen op een andere manier dan een 'gewone' instrumentele wet en bovendien dient ze andere doelen, zoals tijdelijke bezwering van een dreigende crisis, wijziging van de bestaande statusverdeling en herstel van geschonden vertrouwen.

Hoewel symboolwetgeving (mits met mate toegepast) wel degelijk effectief kan zijn, hoort zij niet thuis in een zichzelf respecterende rechtsstaat. Zoals Hirsch Ballin (1988: 21) stelt: “Voor de publieke taakvervulling mag nooit een 'eigen belang' van de overheid maatgevend zijn, en evenmin de bijzondere belangen van geprivilegieerde groepen, maar slechts de dienstbaarheid van de staat aan de gemeenschap.” Symboolwetgeving komt in strijd met nagenoeg alle beginselen van behoorlijke regelgeving die Van der Vlies (1984: 192-213 en 1987: 186-217) onderscheidt. Zo worden met een symboolwet geheel andere doelen gediend dan uit de letterlijke tekst van de wet afgeleid kan worden. De indruk wordt gewekt

dat de wet bedoeld is om het voorgeschreven gedrag af te dwingen, terwijl er feitelijk politieke doelstellingen achter schuilgaan (contra het beginsel van de duidelijke doelstelling). Voorts is de norm in een, voor de betrokkenen, slecht toegankelijke code opgesteld, en er ontbreken (voldoende) intermediaire organisaties die haar in alledaagse taal kunnen vertalen (contra het beginsel van de kenbaarheid). Dit is schadelijk voor zowel het vertrouwen dat burgers in het recht stellen als de gelijke behandeling van de normadressaten (contra resp. het rechtszekerheidsbeginsel en het rechtsgelijkheidsbeginsel). In symboolwetgeving bestaat bovendien veelal een grote incongruentie tussen de voorgewende doelstelling(en) en de middelen om deze te effectueren, die – gezien de omstandigheden en naar redelijke maatstaven gemeten – wel degelijk vermeden had kunnen worden (contra het beginsel van de uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid).
Rechtsstatelijk gezien is de conclusie onafwendbaar dat symboolwetgeving een ongeoorloofde vorm van sturing vertegenwoordigt. Onder een voorwaarde echter kan de inzet van symboolwetgeving toch legitiem zijn, nl. wanneer er zich een crisis in de samenleving voordoet die bedreigend is voor het voortbestaan van de rechtsstaat zelf (Van Klink 1998: 152-156). Met andere woorden, enkel omwille van de rechtsstaat mag worden gezondigd tegen de rechtsstatelijke beginselen. De sociale onrust kan zó hoog oplopen dat een schijncompromis op dat moment de beste, of zelfs enige, uitweg uit de crisis is. Het Kinderwetje van Van Houten is een voorbeeld van een legitieme symboolwet, omdat deze de verhitte gemoederen in het parlement tot bedaren wist te brengen en een latere, wel effectieve normering van kinderarbeid mogelijk maakte (Witteveen, Van Seters en Van Roermund 1991: 2). Zodra de crisis is bezworen, is het wel van belang dat wetgever met een echte regeling komt.

12.3 DE WET ALS COMMUNICATIEMIDDEL

Het tweede type van wetgeving dat een alternatief biedt voor instrumentele sturing, werd aanvankelijk in de rechtswetenschappelijke literatuur aangeduid als ‘symboolwetgeving’, maar dan in positieve zin (vgl. onder meer Witteveen, Van Seters en Van Roermund 1991).[3] Omdat deze aanduiding een te sterke verwantschap suggereert met de hiervoor beschreven, ‘negatieve’ vorm van symboolwetgeving, spreekt Van Klink (1998: 90) liever van ‘communicatieve wetgeving’. Weliswaar wordt er in geval van communicatieve wetgeving ook een open normering gehanteerd, maar met een geheel andere intentie.[4] De wetgever vaardigt aspiratieve normen uit, die in dialoog met de verschillende juridische, politieke en maatschappelijke actoren en instanties verder ontwikkeld dienen te worden. Aspiratieve normen zijn rechtsnormen waarvan de betekenis (nog) niet of niet geheel uitgekristalliseerd is in een samenleving, maar die toch fundamentele streefdoelen of idealen vertegenwoordigen voor die samenleving. Voorbeelden uit ons rechtsstelsel zijn: art. 1 Wetboek van Strafvordering dat uitdrukking geeft aan het legaliteitsbeginsel; het gebod zorg te dragen voor de veiligheid, gezondheid en welzijn op de werkplek, vastgelegd in de Arbeidsomstandighedenwet; en het discriminatieverbod van artikel 1 Grondwet en de Algemene wet gelijke

behandeling.

Dergelijke normen worden zowel algemeen erkend als betwist.[5] Ze worden algemeen erkend, omdat geen redelijk mens er in algemene zin tegen is of kan zijn. De meerderheid van de Nederlandse bevolking is overtuigd van de gelijkwaardigheid van mensen – of ze nu zwart of wit, man of vrouw, homo- of heteroseksueel zijn – en daarmee van het belang van gelijke behandeling. Dit is de basisconsensus waarvan artikel 1 Grondwet getuigt. Tegelijkertijd wordt deze norm hevig betwist, wanneer het op de toepassing in concreto aankomt. Mag een regisseur nu wel of niet vrouwen en blanke mannen uitsluiten voor de rol van Othello? Mag een christelijke school homoseksuele leerkrachten weigeren? Heeft een persoon die altijd het huishouden heeft gedaan en de kinderen heeft opgevoed, bij scheiding recht op een deel van het pensioen van zijn of haar voormalige (werkende of niet meer werkende) partner? En zo ja, voor welk deel dan? Achter de basisconsensus gaat een heterogeniteit aan opvattingen schuil over de concrete invulling van de norm.

Aangezien de doelstellingen waaraan communicatieve wetgeving uitdrukking geeft een vrij algemeen en idealistisch karakter hebben, kunnen ze moeilijk door middel van duidelijke of scherpe geboden en verboden gerealiseerd worden. Open normen zijn daarvoor meer geëigend. De interpretatiegemeenschap die door een wet in het leven wordt geroepen, heeft de collectieve verantwoordelijkheid deze open normen een zo passend mogelijke invulling te geven in het licht van een concrete historische situatie (Fish 1980: 171). Tot deze gemeenschap kunnen zowel juridische en politieke instanties die bij de totstandkoming van de wet direct zijn betrokken (wetgever, rechterlijke macht en bestuur), gerekend worden, als actoren en instanties die hierop van een afstand commentaar leveren (wetenschappers, belangengroepen en publicisten). Ten behoeve van de verdere uitwerking reikt de wet wezenlijke, ruim geformuleerde gezichtspunten aan, maar doet geen definitieve uitspraken. Ze biedt alleen – met een term van Minow (1990: 294) – een communicative framework waarbinnen mogelijke oplossingen voor maatschappelijke problemen gezocht kunnen worden. Op deze manier zendt de wetgever dus eigenlijk twee verschillende normen tegelijk uit: de open, aspiratieve norm zelf (de primaire norm) en de opdracht – gericht aan de gehele interpretatiegemeenschap – deze norm verder uit te werken en te concretiseren (de secundaire norm) (Allott 1980: 33).

12.3.1 ONDERSCHEID MET SYMBOOLWETGEVING

Communicatieve wetgeving verschilt op enkele essentiële punten van symboolwetgeving. Ten eerste bestaat de secundaire betekenislaag van een communicatieve wet niet zozeer uit waarden waarmee dubieuze politieke doelen zijn verbonden (zoals electoraal succes), als wel uit belangrijke idealen met een hoog moreel gehalte (zoals gelijkheid). Met andere woorden, de wet betekent niet iets anders maar wel iets meer dan op het eerste gezicht lijkt. Ten tweede biedt communicatieve wetgeving weliswaar open normen, maar deze geven de interpreet

niet alle vrijheid; door de inspanningen van de interpretatiegemeenschap krijgt het flexibele wettelijke kader nadere invulling. Ten derde kan erop worden gewezen dat de relatief ongunstige verhouding die er in een communicatieve wet, net als in een symboolwet, bestaat tussen de materiële bepalingen enerzijds en de bepalingen ter handhaving en sanctionering anderzijds (waardoor de juridische afdwingbaarheid van de wet beperkt is), eerder beschouwd moet worden als een bewuste en te rechtvaardigen keuze dan als onwil aan de kant van de wetgever. Ten slotte is symboolwetgeving vooral gericht op het bereiken van negatief-symbolische effecten (zoals wijziging van de statusverdeling in een samenleving), terwijl communicatieve wetgeving primair uit is op effecten die liggen in de sfeer van de cognitie, de overtuiging en de communicatie (zoals verandering van een bepaalde zienswijze, manier van spreken of attitude), ofwel positief-symbolische effecten. Deze positief-symbolische effecten, die primair op het vlak van het denken en spreken liggen, moeten uiteindelijk op het handelingsniveau leiden tot het door de wet voorgeschreven gedrag. Negatief-symbolische effecten frustreren daarentegen juist de bereidheid bij de normadressaten om zich aan de wettelijke voorschriften te houden.

Er kunnen twee typen van communicatieve wetgeving worden onderscheiden: constituerende wetgeving en mentaliteitswetgeving. In geval van constituerende wetgeving doet de wetgever een poging het algemene rechtsbewustzijn van (de meerderheid van) een rechtsgemeenschap te codificeren (Burke 1969: 365). Wanneer hij daarin daadwerkelijk slaagt, geldt de wetgeving in kwestie als sterk communicatief. Tevens wordt in constituerende wetgeving een rolverdeling tussen de belangrijkste juridische en politieke actoren en instanties opgesteld die het gecodificeerde rechtsbewustzijn tot gelding moeten brengen. Hierbij kan met name worden gedacht aan (geschreven) constituties. Mentaliteitswetgeving is daarentegen meer modificerend van aard: zij wordt uitgevaardigd om gangbare denk- en waardepatronen en daarmee verbonden gedragingen te veranderen op een niet-instrumentalistische wijze.[6] Dat betekent dat normconformiteit niet zozeer via sancties als wel via overtuiging wordt bevorderd. Blijkens een circulaire van de staatssecretaris van het toenmalige Ministerie van Welzijn, Volksgezondheid en Cultuur ligt een dergelijke sturingsconceptie aan de Tabakswet ten grondslag: "[I]n onze samenleving is het gebruikelijk dat de vrijheid van mensen ophoudt wanneer die van anderen ernstig wordt gehinderd. De Tabakswet doet een appèl op die redelijkheid. Daarom is het niet nodig geacht om op een overtreding van het rookverbod door een individuele roker een straf te stellen."[7] Een mentaliteitswet kan rekenen op een geringere steun in de gemeenschap dan een constituerende wet, en om die reden is zij ook minder (maar zeker niet non-) communicatief. In hoeverre dat ook voor de Tabakswet opgaat, is nog niet onderzocht.

12.3.2 EFFECTIVITEIT EN LEGITIMITEIT VAN COMMUNICATIEVE WETGEVING

Hoewel de juridische afdwingbaarheid van communicatieve wetgeving beperkt is, is zij wel degelijk gericht op effectiviteit. Witteveen (1990: 117) stelt twee

eisen aan een communicatieve wet: "De wet moet (...) tegelijk effectief zijn ten opzichte van de door de wet beoogde normadressaten en oriëntatiepunten bieden voor degenen die bij de interpretatie van de wet (...) betrokken zijn." Wanneer een wet voldoet aan deze beide eisen van effectiviteit en symbolische ordening, is er volgens hem sprake van 'symboolwerking'. Maar aangezien de wetgever geen precies omschreven toestand in de werkelijkheid nastreeft, zoals bij instrumentele sturing, kunnen de doelen die ten grondslag liggen aan communicatieve wetgeving, slechts bij benadering worden gehaald. Op de leden van de interpretatiegemeenschap rust de collectieve verplichting de vastgestelde aspiratieve norm zo goed mogelijk tot gelding te brengen.

Communicatieve wetgeving is, algemeen genomen, goed te verenigen met de beginselen van behoorlijke regelgeving van Van der Vlies. De democratische legitimiteit kan moeilijk worden betwist: na een zorgvuldige besluitvormingsprocedure waarin de verschillende partijen gehoord zijn, legt de wetgever in algemene bewoordingen een ideaal vast dat wordt ondersteund door een meerderheid van de Staten-Generaal en de rest van de rechtsgemeenschap. Bij de nadere uitwerking van een communicatieve wet (en daarmee van het achterliggende ideaal) stellen de verantwoordelijke actoren zich responsief op ten opzichte van heersende opvattingen in de interpretatiegemeenschap (conform het beginsel van de consensus). Omdat aan communicatieve wetgeving de eis van effectiviteit is gesteld, moet deze ook uitvoerbaar en handhaafbaar zijn (conform het beginsel van de uitvoerbaarheid of handhaafbaarheid). Bovendien stellen de aspiratieve normen waaraan communicatieve wetten uitdrukking geven, de beslissende instantie in staat, gevallen die in materieel opzicht gelijk zijn, ook werkelijk gelijk te behandelen (conform het rechtsgelijkheidsbeginsel).

Met enkele rechtsstatelijke beginselen lijkt communicatieve wetgeving op het eerste gezicht in strijd te komen – met name het beginsel van de duidelijke doelstelling, het beginsel van de duidelijke terminologie en systematiek en het beginsel van het juiste orgaan. De open normstelling die in een communicatieve wet te vinden is, geeft het bestuur en de rechter die bij de uitvoering en toepassing van de wet betrokken zijn, de nodige vrijheid. Hierbij moet echter, om te beginnen, worden bedacht dat een open normering in de huidige tijd vaak onvermijdelijk is. Dit is het geval wanneer (1) de wetgever onvoldoende kennis in huis heeft over een bepaald, technisch ingewikkeld onderwerp om zelf gedetailleerde regels op te stellen (zoals in het milieurecht); de te reguleren materie zich niet in algemene termen laat vatten op grond van conceptuele complexiteit (vgl. de norm van redelijkheid en billijkheid in het burgerlijk recht); en (3) de materie in ideologisch opzicht erg beladen is (zoals bij euthanasie). Zodra deze problemen van cognitieve, conceptuele en/of ideologische aard na afkondiging van de wet zich gaandeweg oplossen, is het de taak van de wetgever om tot aanscherping van de norm over te gaan. Voorts is het soms wenselijk de normstelling open te houden, opdat het recht een responsief karakter krijgt (vgl. Nonet en Selznick 1978). Tot slot dient openheid niet met vaagheid te worden verward. Terwijl vage normen niet of nauwelijks houvast bieden, geven open normen – eventueel in

combinatie met scherpe(re) normen – wel degelijk richting aan de interpretatieve activiteiten van rechter en bestuur. Op de leden van de interpretatiegemeenschap rust dan wel de collectieve verplichting om vastgelegde normen 'in de geest van de wet' nader uit te werken.

Het blijkt dus dat communicatieve wetgeving, in tegenstelling tot symboolwetgeving, goed past in de rechtsstaat, mits de bijbehorende interpretatiegemeenschap ook daadwerkelijk haar verantwoordelijkheid neemt.

12.4 EVALUATIE VAN DE WET GELIJKE BEHANDELING M/V

12.4.1 SYMBOOLWET OF COMMUNICATIEVE WET?

Op basis van de bovenstaande karakterisering van symboolwetgeving en communicatieve wetgeving is het mogelijk evaluatieonderzoek naar concrete wetgeving uit te voeren. De gekozen kwalificatie is immers nooit neutraal en weerspiegelt onvermijdelijk een diep in het rechtsstaatsdenken verankerd (negatief of positief) waardeoordeel over de wet in kwestie en haar functioneren. Zoals reeds aangegeven, is een symboolwet in beginsel onverenigbaar met de rechtsstatelijke vereisten, terwijl een communicatieve wet hiermee, onder voorwaarden, wel in overeenstemming is. Een geschikte casus biedt de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de arbeid (in het vervolg: WGB m/v), omdat er in kringen van de rechtswetenschap en de rechtspraktijk grote onenigheid bestaat over de uitleg van deze wet: door rechtswetenschappers wordt de WGB m/v vaak afgedaan als een product van symboolwetgeving[8], terwijl de wetgever – blijkens de parlementaire geschiedenis [9] – de wet communicatief heeft bedoeld heeft en deze door een deel van de actoren die bij de uitvoering en handhaving van de wet zijn betrokken[10], ook als zodanig wordt opgevat. Uitgaande van de ontwikkelde typologie wordt een gefundeerde positie in deze controverse ingenomen. Bij de evaluatie van de WGB m/v is de totstandkomingsgeschiedenis, de tekst en het praktisch functioneren van de wet aan een nader onderzoek onderworpen.[11]

a) Gelijke behandeling in het publieke debat

Om te beginnen doet zich de vraag voor of het publieke debat rond de WGB m/v en verwante wetgeving een aanwijzing oplevert voor het vermeende symbolische karakter van deze wet. Uit de maatschappelijke discussie die over de Nederlandse gelijke-behandelingswetgeving is gevoerd binnen de fora van het parlement, de dagbladpers en de rechtswetenschap in de periode 1975-1994, blijkt daarvan niets. Bij de totstandkoming van de WGB m/v stonden geen groepen met onverenigbare of moeilijk verenigbare belangen tegenover elkaar, zoals bij de discussie rond verschillende proeven voor een brede Wet gelijke behandeling wel het geval was. Ook werd niet disproportioneel veel waarde gehecht aan het *enkele feit* van de uitvaardiging van de wet. De samenleving verkeerde bovendien niet in een crisissituatie die onmiddellijk overheidsingrijpen vereiste. Een communicatieve duiding van de WGB m/v lijkt meer op zijn plaats: hoewel de wet een zeer bescheiden rol speelt in debatten over gelijkheid binnen de onderzochte drie

fora, wordt het gelijkheidsideaal dat erin is neergelegd, algemeen onderschreven. Wel stuit de concretisering van dit ideaal op kritiek vanuit conservatief-christelijke, klassiek-liberale en links-radicale hoek, maar in geval van de WGB m/v is daarvan weinig te merken. Derhalve mag worden gesteld dat de WGB m/v op een groot maatschappelijk draagvlak kan rekenen.

b) Gelijke behandeling in het recht

Vervolgens dient er een positief-rechtelijk onderzoek verricht te worden naar de aard van de normstelling en de wijze van handhaving en sanctionering in de WGB m/v. Bestaat de wet voornamelijk uit vage normen en schiet het sanctieapparaat tekort, dan ligt een symbolische duiding in de rede. Uit een analyse van de wettelijke bepalingen en de hierop gebaseerde jurisprudentie kan echter opnieuw worden afgeleid dat de WGB m/v niet zozeer symbolisch als wel communicatief uitgelegd moet worden. Allereerst valt te constateren dat de in de wet bestaande discrepantie tussen de materiële bepalingen en de bepalingen die de naleving hiervan moeten bevorderen, geen blijk geeft van onwil van de wetgever om de positie van vrouwen op de arbeidsmarkt te verbeteren. Ze vloeit daarentegen voort uit een verdedigbare visie op de wijze waarop dat zou moeten gebeuren: de beoogde gedragsverandering laat zich niet afdwingen met harde straffen, daar het gedrag op dit terrein nauw is verbonden met diepgewortelde overtuigingen. Het is dus onjuist te stellen dat deze discrepantie (zoals bij symboolwetgeving) redelijkerwijs te vermijden zou zijn geweest. Voorts biedt de wet een flexibel interpretatiekader dat de rechter voldoende houvast geeft bij de toepassing ervan op concrete gevallen. De open normering waarvoor de wetgever in deze heeft gekozen, heeft nadere invulling gekregen in de rechtspraak van het EG-Hof van Justitie en de commissie-oordelen, met name op het gebied van de vaststelling van indirect onderscheid, de toetsing van voorkeursbehandeling en de uitleg van de gelijk-loonbepalingen. Alleen neemt de WGB m/v geen uitzonderlijke plaats in het rechtssysteem in, maar dat is ook voornamelijk voorbehouden aan constituerende wetgeving.

c) Gelijke behandeling in de praktijk

De laatste vraag die van belang is voor de evaluatie van de WGB m/v, luidt: hoe functioneert de wet in de praktijk? Om op die vraag een antwoord te krijgen, is het raadzaam met name te kijken naar de werkzaamheid van de Commissie Gelijke Behandeling van mannen en vrouwen bij de arbeid (CGB m/v), aangezien de wetgever aan deze 'pseudo-rechterlijke' instantie een centrale plaats heeft toegekend bij de handhaving van de gelijke-behandelingsnorm. Van Klink (1998: hoofdstuk 8) heeft onderzocht welke effecten inschakeling van de CGB m/v in tien gevallen heeft gesorteerd en hoe deskundigen de werkzaamheid van deze instantie beoordelen. Deze empirische studie ondersteunt in grote lijnen de bovenstaande bevindingen.

Ten eerste is de wettelijke boodschap die de WGB m/v uitzendt, geschreven in een code die zowel voor de doelgroep (ambtenaren, werknemers, beoefenaren van het vrije beroep, enzovoorts) als voor de normadressaten (met name de

overheid als bevoegd gezag en de werkgever in de private sector) begrijpelijk is. Het probleem lijkt niet zozeer te zijn dat de code waarin de wet is geschreven voor de wederpartijen onbegrijpelijk is, als wel dat ze deze code anders interpreteren dan de CGB m/v. Ten tweede blijken, behalve rechters en commissieleden, ook advocaten, medewerkers van belangenorganisaties, OR- en vakbondsleden, in het algemeen goed met de wettelijke normstelling uit de voeten te kunnen. Ten derde worden de doelstelling(en) van de WGB m/v en de wijze waarop de wet die tracht te effectueren, breed gesteund. Zodra het op de concrete uitwerking en toepassing van de gelijke-behandelingsnorm aankomt, ontstaat er grote onenigheid, zoals met name blijkt uit discussies rond voorkeursbehandeling. Het is echter van belang te constateren dat het grootste deel van de deelnemers aan het gelijkheidsdebat in de praktische sfeer zich blijft bedienen van de wettelijke terminologie en het gelijkheidsideaal niet opgeeft. In de wet wordt met andere woorden een vocabulaire aangedragen met behulp waarvan de discussianten zinvol van mening kunnen verschillen over de betekenis van gelijkheid en wellicht uiteindelijk tot overeenstemming kunnen komen. De leden van deze interpretatiegemeenschap verschillen weliswaar soms fundamenteel van mening over sommige kwesties rond gelijke behandeling, maar in ieder geval niet over de manier waarop men met de bestaande meningsverschillen dient om te gaan. Ze delen, met andere woorden, een *communicative framework*. De wet sluit enkel diegenen uit die elk spreken in termen van gelijkheid afwijzen en die vrouwen geen of slechts een beperkte plaats op de arbeidsmarkt gunnen.

Uit de empirische studie komt bovendien naar voren dat inschakeling van de CGB m/v – in tegenstelling tot hetgeen mocht worden verwacht op grond van bestaand empirisch onderzoek (Blom 1995; Jaspers en Van Kleinwee 1985; Veldman 1995) – wel degelijk effecten sorteert, zowel op het *materiële* vlak van de directe effecten (verzoeksters krijgen vaak hun zin) als op het *immateriële* vlak van de positief-symbolische effecten: het gelijkheidsideaal wordt bevestigd, de wettelijke terminologie verspreidt zich, de gevoeligheid voor kwesties rond gelijke behandeling neemt toe, enzovoorts. Voor de door de wetgever nagestreefde mentaliteitsverandering zijn laatstgenoemde effecten van wezenlijk belang, omdat traditionele denk- en waardepatronen en daarmee verbonden gedragingen niet gewijzigd kunnen worden *zonder dat men het over het belang van gelijkheid (ten minste in algemene zin) eens wordt, er een gemeenschappelijke taal is gecreëerd en de bewustwording rond deze problematiek toeneemt.* Er deden zich in verschillende gevallen ook negatief-symbolische effecten voor: er ontstond frictie tussen of binnen de partijen; de procedure werd als een bezoedeling van de eigen waarden opgevat; en in één geval symboliseerde het commissie-oordeel zelfs de ondergang van de Nederlandse rechtsorde. Op twee gevallen na hebben deze laatste nevengevolgen echter geen tastbare consequenties gehad voor de individuele verzoeksters. Door het optreden van dergelijke, merendeels positieve effecten verdwijnt vanzelfsprekend niet opeens de bestaande ongelijkheid tussen mannen en vrouwen op het terrein van de arbeid, maar geconstateerd kan worden dat de CGB m/v in ieder geval een belangrijke bijdrage heeft geleverd aan de terugdringing ervan.

12.4.2 GEEN DODE LETTER

Op grond van het uitgevoerde evaluatieonderzoek kan de conclusie worden getrokken dat de WGB m/v in ieder geval een product van communicatieve wetgeving is, dat wil zeggen: aan de wet ligt een serieus te nemen sturingsconceptie ten grondslag. Omdat de sturing gebruikmaakt van een open normering en met name gericht is op een (primair via overtuiging te bereiken) verandering van de bestaande denk- en waardepatronen aangaande de gelijke behandeling van mannen en vrouwen in het arbeidsproces, kan worden gesproken van mentaliteitswetgeving. Bovendien is gebleken dat de WGB m/v ook na haar uitvaardiging in zekere mate functioneert als een communicatieve wet: door inschakeling van de CGB m/v zijn met de wet strijdige opvattingen en daarmee verbonden handelwijzen ter discussie gesteld. Er heeft zich dus enige symboolwerking voorgedaan.

Er dient echter wel een kanttekening te worden geplaatst bij de bekendheid van de wet: nog te weinig normadressaten en leden van de doelgroep zijn op de hoogte van het bestaan en de inhoud van de wet. Het communicatieve potentieel van de wet dient beter te worden benut. Niet alleen de overheid dient hieraan door middel van voorlichting en ondersteunende beleidsvorming bij te dragen, maar ook organisaties als de Commissie Gelijke Behandeling, vakbonden, de sociale advocatuur, enzovoorts hebben een verantwoordelijkheid in dezen. Het gelijke-behandelingsrecht is geen dode letter, maar moet *meer* tot leven worden gebracht.

12.5 BALANS

De hierboven geschetste communicatieve benadering van wetgeving vestigt de aandacht op twee typen van wetgeving die zich onttrekken aan het gangbare instrumentalistische stramien: symboolwetgeving en communicatieve wetgeving. Drie doelstellingen staan hierbij voorop. Ten eerste wordt beoogd, de wetenschappelijke gebruikswaarde van het begrip ‘symboolwetgeving’, dat in de huidige rechtswetenschap voornamelijk nog figureert in de taalhandeling van het schelden, te vergroten. Symboolwetgeving kan niet simpelweg worden gelijkgeschakeld met niet- of nauwelijks effectieve wetgeving, maar is wel degelijk gericht op effecten in de sociale werkelijkheid, zoals wijziging van de statusverdeling in de samenleving, bezwering van een crisissituatie of electoraal succes. Vervolgens wordt er een lans gebroken voor wetgeving die ten onrechte als ‘symboolwetgeving’ of ‘soft law’ te boek staat en waarvoor de term ‘communicatieve wetgeving’ is geïntroduceerd. In bepaalde probleemsituaties, vooral wanneer de materie in cognitief, conceptueel of ideologisch opzicht ingewikkeld is, biedt communicatieve sturing een mogelijk alternatief. Ten slotte wordt een handvat geboden voor evaluatie van verschillende vormen van niet-instrumentele wetgeving. Het is hierbij met name van belang dat niet alleen wordt gekeken naar directe effecten in de materiële sfeer van het handelen (worden de normen van de wet nageleefd?), maar ook naar symbolische effecten in de geestelijke

sfeer van het denken en spreken, die een noodzakelijke voorwaarde zijn voor het optreden van directe effecten. 'Praatjes vullen geen gaatjes', zo wil het gezegde, maar zonder praten zouden we de gaten niet eens waarnemen.

In hoeverre communicatieve wetgeving en andere alternatieve sturingsinstrumenten die in sociale rechtsstaat zijn opgekomen, de identificatie tussen recht en macht weten te verbreken, wordt in het afsluitende hoofdstuk onderzocht.

NOTEN

1 De onderstaande karakterisering van symboolwetgeving is grotendeels gebaseerd op de hoofdstukken 1 en 2 uit Van Klink (1998).

2 De term 'politiek' wordt hierbij in negatieve zin opgevat als een oneigenlijk gebruik van macht door gezagsdragers, dat ten bate komt van een individueel of groepsbelang en ten koste gaat van het algemeen belang.

3 De onderstaande karakterisering van communicatieve wetgeving is grotendeels gebaseerd op hoofdstuk 3 uit van Van Klink (1998).

4 Het gaat hierbij niet om de psychologische intentie, dat wil zeggen de 'werkelijke bedoelingen' van de actoren en instanties die bij het wetgevingsproces zijn betrokken, maar om de zgn. tekstuele intentie zoals die naar voren komt uit een interpretatie van de centrale teksten die in dit proces worden voortgebracht. De notie van 'tekstuele intentie' is ontleend aan Eco (1992: 64 e.v.).

5 Dergelijke normen maken deel uit van wat Dworkin (1991: 49) 'interpretive concepts' heeft genoemd.

6 Cotterrell (1984: 57) spreekt in dit verband van 'educatieve wetgeving'.

7 Circulaire van de staatssecretaris van WVC van 20 oktober 1989, kenmerk DGV gz/ADT 736.379, inzake rookverboden in openbare gebouwen, p. 50.

8 Vgl. onder anderen Griffiths (1990: 40), Van der Vlies (1987: 188) en Van der Weele (1983: 146).

9 Tijdens de parlementaire behandeling stelde toenmalig minister De Koning onder meer: "Ik ben het er geheel mee eens dat de realisatie van het emancipatiebeleid een kwestie van mentaliteit en vooral van mentaliteitsverandering moet zijn" (Handelingen Tweede Kamer, 6 september 1988, p. 5643).

10 Zie Van Klink (1998: 356-357).

11 De hiernavolgende evaluatie is ontleend aan de hoofdstukken 6 t/m 8 uit Van Klink (1998).

13 RECHT ALS MACHT

13.1 DE FILTER VAN HET RECHT

In het voorafgaande is getoond, hoe het rechtsstaatsdenken zich heeft beijverd om machtsuitoefening door de overheid en private organisaties aan maat en regel te binden. Een heel scala aan suggesties tot machtsreductie in en door het recht is hierbij aan de orde gekomen, van de onderwerping van het overheidshandelen aan de formele wet in de klassieke-rechtsstaatsidee tot en met de communicatieve benadering van wetgeving. De vraag die resteert, is of deze pogingen in hun opzet zijn geslaagd, de sterke identificatie van recht en macht die in de absolute staat heeft plaatsgevonden en die zich ook in de verzorgingsstaat dreigde te voltrekken, te doorbreken.

In het vertoog van de rechtsstaat wordt er, kort gezegd, van uitgegaan dat recht en macht van elkaar gescheiden zijn, zodra voor elk of in ieder geval voor elk ingrijpend – overheidsoptreden een grondslag kan worden gevonden in hetzij de wet in formele zin (de klassieke-rechtsstaatsidee) hetzij in het recht, waartoe naast de formele wet ook hogere beginselen, rechtersrecht en het 'recht der werkelijkheid' behoren (de sociale-rechtsstaatsidee). Daarnaast worden er, met name in de klassieke rechtsstaat, restricties gesteld aan de inhoud van de wet: de wet dient algemene rechtsregels te geven, die uitdrukking zijn van het algemeen belang. Wetgeving moet vervolgens democratisch tot stand zijn komen, dat wil zeggen vastgesteld zijn door het volk of vertegenwoordigers van het volk. Als laatste is van belang dat bij het stellen, het uitvoeren en het controleren van de uitvoering van de wet een spreiding van machten wordt betracht, zodat niet alles in één hand komt te liggen.

De machtsuitoefening die aan deze rechtsstatelijke vereisten voldoet, wordt geacht onpersoonlijk, gebonden en gedeeld te zijn en het waardepatroon van de burgers te weerspiegelen. Macht in de rechtsstaat kan zich voordoen in de verheven gestalte van gezag (in geval van een relatieve scheiding van recht en macht) of in de meer aardse verschijning van wettelijke genormeerde en gelegitimeerde uitoefening van dwang (bij een absolute scheiding van recht en macht).[1] In beide gevallen wordt een fundamenteel onderscheid gemaakt tussen de machtsuitoefening door de overheid aan de ene kant en de juridische grondslag voor die machtsuitoefening aan de andere kant. Het ideale recht is binnen het rechtsstaatsdenken zelf geen macht, maar maakt gecontroleerde machtsuitoefening mogelijk. Het recht fungeert als een filter die overheidsmacht van haar negatieve en agressieve connotaties zuivert. De filter van het recht zorgt er bovendien voor dat rechteloze macht, ofwel geweld, uit de rechtsstaat wordt geweerd (Hirsch Ballin 1991b: 5).

In dit afsluitende hoofdstuk zal een aanzet worden gegeven tot een andere visie op de verhouding tussen recht en macht. Uitdrukkelijk zij aangetekend dat het een eerste verkenning betreft. Een volledige analyse van deze thematiek vereist

een grondige behandeling van de machtskritische traditie in de rechts- en politieke filosofie en de rechtssociologie, waartoe uiteenlopende denkers behoren als Nietzsche, Weber, Schmitt, Adorno, Arendt, Foucault, Lyotard en Lefort, alsmede de rechtsrealisten en leden van de *Critical Legal Studies Movement.* Dat valt echter buiten het kader van dit onderzoek. Het gaat er mij primair om, de vanzelfsprekendheid en zelfgenoegzaamheid waarmee het rechtsstaatsdenken de machtsfactor in het recht meent te kunnen reduceren of uitschakelen, ter discussie te stellen. De stelling die daarbij het uitgangspunt vormt, luidt:

Recht en macht zijn niet te scheiden. Recht onderhoudt niet alleen een noodzakelijke relatie met macht, in de betrekkelijk triviale zin dat de verwerkelijking van recht machtsuitoefening door overheidsorganen vergt of dat het recht deze machtsuitoefening instrumenteert, facilieert, limiteert en/of legitimeert. In een meer fundamentele zin vallen recht en macht samen: het stellen en voltrekken van recht is in wezen een machtshandeling. Met deze machtshandeling is uitoefening van geweld onlosmakelijk verbonden.

13.2 EEN EERSTE BEGRIPSVERKENNING

'Recht' wordt in dit verband opgevat in een ruimere zin dan binnen de klassieke-rechtsstaatsidee en in een beperktere zin dan binnen de sociale-rechtsstaatsidee pleegt te gebeuren. Tot het recht worden – in navolging van Kelsen (1994: 62-70) – alle gestelde normen gerekend die herleidbaar zijn tot een *Grundnorm*, te beginnen met de eerste constitutie en eindigend met de voltrekking van recht in concreto. De verbindendheid en de gelding van het rechtssysteem zijn afhankelijk van de subjectieve aanname van deze *Grundnorm*, die enkel stelt dat de normen uit de eerste constitutie – en daarmee de normen die hieruit later worden afgeleid – *rechts*normen zijn (Kelsen 1994: 62-70). Elke rechtsnorm is tegelijk de toepassing van een hogere rechtsnorm én de schepping van een nieuwe rechtsnorm op een lager niveau in de normenhiërarchie. Onder dit rechtsbegrip vallen niet alleen normen die in de wet zijn vastgelegd door de wetgever, lagere regelgeving en concrete besluiten van het bestuur en rechterlijke oordelen in individuele gevallen, maar ook normen die private organisaties en individuele burgers met elkaar vaststellen (bijvoorbeeld in een contract of een convenant), voorzover deze herleidbaar zijn tot een hogere rechtsnorm en – uiteindelijk – tot een *Grundnorm*. Erbuiten vallen onder meer de normen die in de rechtswetenschap worden geproclameerd (zoals de beginselen van behoorlijke regelgeving van Van der Vlies), de ge- en verboden die de moraal of de godsdienst ons ingeven, en de regels die via volledig vrije zelfregulering of op een andere wijze 'spontaan' in de samenleving zijn ontstaan. Dit kunnen alle wel degelijk normen zijn, maar het zijn geen rechtsnormen. Ook sluit deze rechtsopvatting niet uit – zoals nog zal blijken – dat bij de uitvoering en toepassing van rechtsnormen beginselen en andere morele en politieke waarden een rol spelen. Morele en politieke waarden krijgen echter pas toegang tot het recht, *nadat* en *doordat* er een transformatie heeft plaatsgevonden. Schuyt (1982: 27 e.v.) laat zien dat het hierbij gaat om een complexe hercoderingsoperatie waarbij analoge, meerduidige informatie uit de sociale werkelijkheid, wordt omgezet in digitale, juridisch hanteerbare informa-

tie. Dit brengt niet alleen "winst aan systematiek en besluitvaardigheid" mee, maar tegelijk ook "verlies aan betekenis en zin" (Schuyt 1982: 38).

Tot 'macht' wordt gerekend het vermogen van de een (de overheid of een andere bevoegde instantie) om, geheel of gedeeltelijk, over de ander (de burger), met inbegrip van diens vrijheid, eigendom, capaciteiten, feitelijke en normatieve overtuigingen, enzovoorts, te beschikken. Deze omschrijving is een nadere uitwerking van de eerder gegeven karakterisering van macht als 'uitoefening van dwang (waarmee de vrijheid van de burger wordt ingeperkt)'.[2] Welke kenmerken macht in deze relationele betekenis nog meer heeft, komt later aan de orde. Het gaat dan specifiek om machtsuitoefening door officiële instanties jegens burgers, voorzover deze is gebaseerd op het recht. Op andere begrippen van macht die in het vertoog van de rechtsstaat figureren (maar vaak niet geëxpliciteerd worden), wordt niet nader ingegaan. Zo wordt met de notie van 'macht' ook wel gedoeld op de organen die bevoegd zijn tot een bepaalde regulatieve of feitelijke handeling (bijvoorbeeld het stellen of het uitvoeren van de wet), zoals naar voren komt in noties als 'de wetgevende macht', 'de bestuurlijke macht' en 'de rechterlijke macht'. Macht in deze institutionele zin is, rechtsstatelijk gezien, een voorwaarde voor uitoefening van macht in de eerdergenoemde relationele zin: Alleen organen bekleed met juridische autoriteit zijn gerechtigd, regulatief of feitelijk in het leven van burgers in te grijpen. Ontbreekt deze autoriteit, dan wordt gesproken van blote machtsuitoefening.[3] Daarnaast wordt macht soms opgevat als gezag, dat wil zeggen: als de gelegitimeerde uitoefening van macht in de relationele zin.[4] Voor de rechtvaardiging van de uitgeoefende macht wordt met name verwezen naar de wet, naar hogere, aan de wet ten grondslag liggende beginselen of naar mensenrechten. Zoals zal worden betoogd, is een dergelijke normatieve of ideële opvatting van macht onhoudbaar, omdat elke rechtvaardiging van een bestaande ordening noodzakelijk tekort moet schieten.

In het navolgende wordt de verhouding tussen recht en macht, zoals beknopt weergegeven in de stelling, nader geëxpliciteerd. Vervolgens zullen enkele belangrijke consequenties die deze alternatieve visie heeft voor de theorievorming over de rechtsstaat worden behandeld. Hierbij wordt met name ingegaan op het onderscheid dat in het vertoog van de rechtsstaat wordt gemaakt tussen de absolute staat en de rechtsstaat en tussen de klassieke rechtsstaat en de sociale rechtsstaat. Tot slot komen verschillende normatieve implicaties van de hier verdedigde visie aan de orde.

13.3 EEN ALTERNATIEVE VISIE OP DE VERHOUDING TUSSEN RECHT EN MACHT

13.3.1 RECHT, MACHT EN GEWELD

Niet te loochenen valt, en niet geloochend wordt, dat de verwezenlijking van recht de inzet van machtsmiddelen door de overheid vereist. Dat wil zeggen, wil hetgeen op papier staat (een wet, een arrest, een contract) materiële betekenis krijgen, dan dient – in ieder geval op de achterhand – de mogelijkheid van afdwinging met geweld te bestaan. In de ideale wereld houdt iedereen zich aan de wet, zijn de rechtsnormen breed gedeeld en hoeft de overheid alleen incidenteel en beperkt bij te sturen. In zo'n wereld, waar recht en rechtshandhaving eigenlijk geheel overbodig zijn geworden, leven we echter niet. In onze *world of trouble* worden rechtsnormen veelvuldig overtreden, zijn rechtsnormen niet algemeen gedeeld en wordt van de overheid verwacht dat zij bij normovertredingen adequaat, desnoods met de harde hand, optreedt. De overheid kan op verschillende manieren de naleving van het geldende recht zeker stellen, bijvoorbeeld door degenen die een rechtsnorm schenden, te laten gijzelen, gevangennemen, heropvoeden of door hun een boete op te leggen, een subsidie te onthouden, een vergunning te weigeren. De ultieme sanctie die een staat (maar gelukkig niet de onze) tot zijn beschikking heeft, is oplegging van de doodstraf. Zonder de dreiging van officieel geweld, die ook geregeld waargemaakt moet worden om geloofwaardig te blijven, zou er geen rechtssysteem zijn. Dat sluit niet uit dat burgers in sommige gevallen bereid zijn uit zichzelf, zonder externe dwang, zich aan de wet te houden. Dat betekent ook niet dat afdwinging van het recht door de overheid alleen genoeg is om algehele normconformiteit in een rechtsgemeenschap te bewerkstelligen. Een bekend adagium uit de rechtssociologie, ontleend aan Sumner (1959), is dat "law ways cannot change folkways". Rechtsnormen zijn het meest effectief, wanneer zij zoveel mogelijk aansluiten bij de heersende gewoonten en gebruiken, normen en waarden. Daarnaast bedient de overheid zich niet alleen van harde sancties om normconform gedrag af te dwingen; ook 'zachtere' prikkels als voorlichting en subsidiëring worden daartoe ingezet. De overheid kan daarmee evenwel niet volstaan. Als een stimulerende, positieve aanpak niet of niet voldoende werkt, worden corrigerende, negatieve sanctiemiddelen aangewend. Statelijk geweld is derhalve niet meer dan een noodzakelijke, en geen voldoende, voorwaarde voor het bestaan van een rechtssysteem, maar ook niet minder.

Bovendien wordt niet ontkend dat het recht de inzet van machtsmiddelen die de overheid nodig heeft ter verwezenlijking van datzelfde recht, op een bepaalde manier conditioneert. De wijze van conditionering kan op verschillende manieren worden gedacht. Gaat men – op grond van een instrumentalistische visie – uit van de wet als instrument, dan ziet men vooral dat het recht de inzet van overheidsmacht instrumenteert en facilieert: in het recht wordt aangegeven, met welke middelen het meest efficiënt in de samenleving kan worden ingegrepen. Als men de wet daarentegen primair als een waarborg opvat – wat vanuit de

rechtsstaatsgedachte voor de hand ligt –, dan wordt de waarde van het recht gezocht in het aan banden leggen en rechtvaardigen van het overheidsingrijpen; het recht *limiteert* en *legitimeert* de inzet van overheidsmacht.[5] Het recht kan de overheidsmacht beperken door bijvoorbeeld limitatief in de wet op te sommen welke opsporingstechnieken de politie mag hanteren, delictsomschrijvingen zo scherp mogelijk te formuleren, algemene beginselen van behoorlijk bestuur vast te leggen, beroeps- en bezwaarmogelijkheden in het leven te roepen tegen besluiten van het bestuur, enzovoorts. Wanneer de overheid zich bij haar optreden binnen de aldus bepaalde grenzen van het recht houdt, is dit optreden tevens gerechtvaardigd. Het vindt immers zijn grondslag in democratisch totstandgekomen wetgeving of, meer algemeen, in het rechtsbewustzijn.

Meer controversieel is de stelling, althans binnen het rechtsstaatsdenken, dat het stellen en voltrekken van recht in wezen een machtshandeling is. Toch is duidelijk dat de schepping van rechtsnormen drastisch ingrijpt in de distributie van waarden in een rechtsgemeenschap: publiekelijk en uit naam van het hele volk wordt bevestigd, welke waarden nastrevenswaardig zijn en welke waarden er in mindere mate of geheel niet toe doen. Deze in- en uitsluiting van waarden is geen vrijblijvende handeling. Er wordt een officiële rechtstitel gecreëerd op grond waarvan inbreuken op de vrijheid, het eigendom en zelfs het geestesleven van burgers mogelijk worden gemaakt en bovendien kunnen worden gerechtvaardigd. De rechtsnormen die de wetgever in het leven heeft geroepen, worden door het bestuur en de rechter nader uitgewerkt en toegepast op concrete gevallen. Met hun interpretatie van het geldende recht wordt bepaald, welke rechten en plichten er in concreto toebedeeld of onthouden worden aan individuele personen. De uitleg van rechtsnormen is niet enkel een verbale bezigheid, zoals de interpretatie van een kunstwerk, maar heeft onmiddellijk tastbare gevolgen; de daad wordt bij het woord gevoegd.[6]

De vroeg gestorven Amerikaanse rechtsfilosoof Cover is in zijn essays uitvoerig en indringend ingegaan op de rol van de rechter bij de uitoefening van macht.[7] Volgens Cover (1995a: 139) brengt juridische interpretatie door de rechter noodzakelijk geweld met zich: “[T]he jurisgenerative principle by which legal meaning proliferates in all communities never exists in isolation from violence. Interpretation always takes place in the shadow of coercion.” Nog scherper gesteld: “Legal interpretation takes place on a field of pain and death. (...) Legal interpretive acts signal and occasion the imposition of violence upon others: A judge articulates her understanding of a text, and as a result, somebody loses his freedom, his property, his children, even his life” (Cover 1995b: 203). Het geweld dat het gevolg is van rechterlijke interpretatie, bestaat er niet alleen uit dat er op materieel niveau inbreuk wordt gemaakt op het leven van iemand; hij kan zijn vrijheid, zijn eigendom, zijn kinderen en zelfs zijn leven kwijtraken, zoals Cover aangeeft. Ook wordt op immaterieel of symbolisch niveau het normatieve universum waarin die persoon leeft, ofwel zijn *nomos*, aangetast.[8] De rechter bepaalt welke van de vele mogelijke normatieve ordeningen als enige rechtens heeft te gelden. In die zin kunnen rechters worden gekarakteriseerd als “people

of violence". "Because of the violence they command, judges characteristically do not create law, but kill it. (...) Confronting the luxuriant growth of a hundred legal traditions, they assert that this one is law and destroy or try to destroy the rest" (Cover 1995a: 155). Als voorbeeld bespreekt Cover de zaak *Bob Jones University v. United States* uit 1983. In deze zaak oordeelde het *Supreme Court* dat de *Bob Jones University*, die wordt geleid door Mormonen, geen subsidie meer mocht ontvangen omdat zij zich schuldig zou maken aan rassendiscriminatie. In haar statuut stond aanvankelijk een bepaling dat alleen witte studenten toegang tot de universiteit hadden. Nadien is – onder de druk van de staat – het statuut in die zin gewijzigd dat alleen relaties tussen mensen van verschillend ras verboden zijn. Hoe verwerpelijk deze bepaling ook moge zijn, de rechterlijke beslissing om op grond daarvan de universiteit de benodigde subsidie te ontzeggen, tast een belangrijke waarde uit de Mormoonse *nomos* aan. Tegelijk stelt Cover dat rechters ook "people of peace" zijn: "Among warring sects, each of which wraps itself in the mantle of a law of its own, they assert a regulative function that permits a life of law rather than violence." Om te voorkomen dat rivaliserende groepen met verschillende normatieve stelsels elkaar te vuur en te zwaard bestrijden, is er een scheidsrechter nodig die een ordening aan deze groepen oplegt. Dat neemt niet weg dat deze vredestichtende handeling, nog steeds *ook* een geweldshandeling is: door dwingend een normatieve ordening aan partijen voor te schrijven, worden de normen en achterliggende waarden die daarmee in conflict zijn vernietigd. Paradoxaal genoeg komt juist door de inzet van geweld vrede tot stand. Het zijn de twee zijden van dezelfde medaille.

Wat Cover heeft vastgesteld ten aanzien van rechterlijke interpretatie, geldt voor alle activiteiten waarbij rechtsnormen worden gesteld, uitgelegd en uitgevoerd, of dat nu gebeurt door overheidsinstanties of door private organisaties. Rechtsschepping is de normatieve macht om te vast te stellen, aan welke normen er binnen een bepaald verband, met uitsluiting van daarbinnen geldende normen, rechtskarakter toekomt. Met deze macht is geweld onlosmakelijk verbonden; individuen en groepen kunnen niet langer geheel naar hun eigen regels leven, maar worden gedwongen zich te onderwerpen aan het officiële recht. Hoeveel dialoog en deliberatie men ook inbouwt en hoeveel rechtsbescherming men ook biedt, niet kan worden voorkomen dat er een moment aanbreekt waarop het recht gesteld en voltrokken wordt en waarop derhalve de instrumentaliteit van het recht zich in al haar kracht doet gelden.
De maatschappelijke ordening die op grond van dergelijke geweldshandelingen ontstaat, is nooit uitputtend te rechtvaardigen, noch met een beroep op de heersende normen en waarden noch in termen van het algemeen belang. Waldenfels geeft aan, dat elke ordening selectief en exclusief is. Conflicten tussen verschillende ordeningen kunnen nooit definitief worden beslecht, omdat er gedeelde maatstaven ontbreken (of als die er wel zijn, worden ze vanuit de verschillende normatieve stelsels anders ingevuld).[9]

"Jede Ordnung, angefangen bei den Ordnungen des Findens, Wahrnehmens und Sichbewegungs über die Ordnungen des Redens, handelns bis zu den umfassenden Lebens-, Gesellschafts- und Weltordnungen sind selektiv und exklusiv, sofern sie bestimmte Möglichkeiten ins Spiel bringen und gleichzeitig andere ausschließen. Alle Rationalität verweist auf das Grundfaktum des "es gibt Rationalität", jeder Ordnungsprozeß verweist auf das Grundgeschehen des "es gibt Ordnung". Dieses "es gibt" erlaubt die Angabe von Gründen, doch erlaubt es keine zureichenden Grund. Dies bedeutet, daß die Legitimierung zweiten Grades, die zwischen konfligierenden Ordnungen zu entscheiden hätte, nie an ein definitives Ende kommt. Das bewegliche Grundfaktum der Ordnung, in dem Vernunft und Kontingenz sich verbinden, läßt sich keiner Gesamtordnung einverleiben noch einer Grundordnung unterwerfen noch auf eine bloße Tatsache reduzieren. In diesem Sinne ist keine Ordnung einer vollständigen Rechtfertigung zugänglich." (Waldenfels 1990: 112)

Omdat geen enkele ordening volledig gerechtvaardigd kan worden, kleeft aan elke ordening volgens Waldenfels iets gewelddadigs. "Jede Ordnung verletzt bestimmte Ansprüche, *indem* sie andere befriedigt, ohne daß diese Bevorzugung ins optimale gesteigert werden kann, etwa im Sinne der besten aller Welten" (Waldenfels 1990: 113).

13.3.2 KENMERKEN VAN RECHT ALS MACHT

Aan de hand van de vier kenmerken die aan machtsoefening zijn toegekend in het kader van de absolute rechtsstaat[10], de klassieke rechtsstaat en de sociale rechtsstaat, is het mogelijk de karakterisering van recht als macht verder te verdiepen. Het gaat hierbij in het bijzonder om machtsuitoefening in staatsverband, dat wil zeggen in de relatie tussen burgers en officiële instanties (de wetgever, de rechter, een bestuursorgaan of een particuliere regelgever), waarvoor het recht de grondslag legt.

Kenmerkend voor de machtsuitoefening die het recht tegelijk is en mogelijk maakt, is allereerst dat zij zowel persoonlijk als onpersoonlijk van aard is. Machtsuitoefening op basis van het recht is onpersoonlijk, voorzover zij zich kan beroepen op, of verschuilen achter, geobjectiveerde, door het bevoegd gezag vastgestelde, hogere rechtsnormen. In naam der wet wordt belasting geheven, krijgen belastingontduikers boetes opgelegd, worden vergunningen verstrekt of ingetrokken, enzovoorts. Zoals Cover (1995a: 145) aangeeft: "Creating legal meaning requires not only the movement of dedication and commitment, but also the objectification of that to which one is committed. The community posits a law, external to itself, that it is committed to obeying and that it does obey in dedication to its understanding of that law. Creation of legal meaning entails, then, subjective commitment to an objectified understanding of that law." Deze "objectified understanding" van het recht sluit echter het persoonlijke element nooit geheel uit. Rechtsschepping en -toepassing zijn zelfs niet denkbaar zonder de persoonlijke inbreng van de juridische actor in kwestie, of dat nu de rechter is of een andere juridische autoriteit. Dat is een belangrijke les die uit de rechtsvindingsleer van de juridische hermeneutiek kan worden getrokken. De juridische hermeneutiek, die vanaf begin deze eeuw vooral in het privaatrecht opgeld heeft gedaan (maar wier betekenis daartoe geenszins is beperkt[11]), vat rechtsvinding op

als een complex proces van interactie tussen norm en feit. Enerzijds krijgt een rechtsregel pas betekenis na én door de confrontatie met de feiten van het geval. In de woorden van Scholten (1974: 9): "*Ius in causa positum*. In de feiten zelf ligt het recht." En: "Als men hier van een regel wil spreken, dan gaat deze regel noch in tijd aan de werkzaamheid van de rechter, noch logisch aan de beslissing vooraf. Eerst met de beslissing is de regel gegeven." Anderzijds verschijnen de feiten pas als (juridisch relevante) feiten, nadat én doordat zij vanuit de rechtsregel zijn bezien. Hieruit volgt dat de toepassing van het recht op een concreet geval geen mechanisch procédé kan zijn, zoals het legisme aanneemt. Volgens Vranken (1995: 72) "pendelt de rechter heen en weer tussen de feiten in het procesdossier, tussen datgene wat hij procesrechtelijk mag of moet – overigens zowel ten aanzien van de feiten als ten aanzien van het juridisch beoordelingskader – en tussen de materieelrechtelijke normen die hij in het concrete geval wil toepassen." Er wordt niet logisch voortgeredeneerd vanuit een vast punt (de rechtsnorm), maar er wordt een veelheid aan gegevens samengebracht en uiteindelijk een beslissing genomen. Iedere beslissing, ook die getrouw de letter van de wet lijkt te volgen is, aldus Scholten, "toepassing en schepping" in één; "er is altijd het oordeel van hem die beslist dat mede de toepassing bepaalt."

Ook Kelsen wijst, op grond van een geheel andere interpretatietheorie, op het persoonsgebonden karakter van rechtsvinding. Hij geeft aan dat de keuze om een rechtsnorm in een concreet geval op een bepaalde manier uit te leggen, uiteindelijk berust op een subjectieve wilshandeling die niet wetenschappelijk te rechtvaardigen is. Elke rechtsnorm in de hiërarchie van normen is noodzakelijkerwijs open en kan haar eigen toepassing op een lager niveau in de hiërarchie niet dwingend voorschrijven. Wanneer we de normenhiërarchie afdalen – vanaf de algemene Grondwetsbepalingen tot en met rechterlijke oordelen en bestuursbesluiten in concrete gevallen – worden de keuze-mogelijkheden gaandeweg steeds beperkter, maar op elk niveau blijft er keuzevrijheid. Bij alle rechtsvinding vindt er niet alleen toepassing maar ook schepping van een rechtsnorm plaats, doordat er invulling wordt gegeven aan de hoger gelegen norm. Elke rechtsnorm fungeert als een scheme of interpretation of een frame waarbinnen verschillende mogelijkheden voor toepassing van de norm zijn gegeven. Rechtswetenschappelijk gezien zijn deze mogelijkheden gelijkwaardig. Eén enig juist antwoord bestaat dus niet:

"[D]ie Interpretation eines Gesetzes [muß] nicht notwendig zu einer einzigen Entscheidung als der allein richtigen, sondern möglicherweise zu mehreren führen, die alle – sofern sie nur an der anzuwendenden Norm gemessen werden – gleichwertig sind, wenn auch nur eine einzige von ihnen im Akt des richterlichen Urteils positives Recht wird." (Kelsen 1994: 94-95)

De mogelijke beslissingen zijn vanuit (rechts-)wetenschappelijk standpunt gelijkwaardig, aangezien de keuze voor een van hen gebaseerd is op een subjectieve waardering vanuit een moreel of politiek gezichtspunt.

Hoe scherp een norm ook geformuleerd is, de interpreterende instantie heeft altijd ruimte om haar eigen waardering van de feiten en opvatting van de norm in de uiteindelijke beslissing tot uiting te brengen. Als de norm daartoe te weinig ruimte biedt, kan zij te allen tijde haar toevlucht nemen tot meer open geformuleerde normen of beginselen. Zo kan de schijnbaar ondubbelzinnige norm dat iedere werknemer bij het bereiken van zijn 65e levensjaar met pensioen moet of mag gaan, betrekkelijk eenvoudig gepasseerd worden met een beroep op leeftijdsdiscriminatie. Dit geldt niet alleen voor de rechter, maar ook voor het bestuur. De uitvoering van wetgeving brengt eveneens noodzakelijk rechtsvinding mee. Als een uitkeringsinstantie bijvoorbeeld moet bepalen of een uitkeringsgerechtigde aanspraak kan maken op bijzondere bijstand, zal zij de bijzondere omstandigheden van het geval moeten meewegen bij het nemen van de uiteindelijke beslissing. Daarnaast zullen bij de opsporing en vervolging van wettelijk strafbaar gestelde delicten deze delicten eerst moeten worden geïnterpreteerd. Wat houdt bijvoorbeeld "hinderlijk volgen" in de zin van artikel 426bis Wetboek van Strafrecht in? En omdat rechtsvinding noodzakelijk is, kan ook niet worden voorkomen dat het persoonlijke oordeel van de individuele bestuurder mede de invulling bepaalt die aan de betreffende rechtsnorm bij de uitvoering of de toepassing van de rechtsnorm in concreto wordt gegeven. Hieruit volgt dat recht in de zin van macht zowel een *government of law* als een *government of men* impliceert.

Vervolgens is machtsuitoefening via het recht tot op zekere hoogte gebonden. Zoals eerder aangegeven, bestaat binding in de klassieke-rechtsstaatsidee er voornamelijk uit dat bij de uitvoering van de formele wet door het bestuur en de rechterlijke controle op die uitvoering niet buiten het kader van de wet mag worden gegaan. De wetgever heeft betrekkelijk vrije handen; de rechtsnormen moeten alleen in algemene termen worden geformuleerd. In de sociale-rechtsstaatsidee wordt de wetgever ook gebonden, en wel aan hogere beginselen (waaronder de beginselen van behoorlijke regelgeving). Bovendien wordt van het bestuur en de rechter verwacht dat zij zich niet alleen aan de wet houden, maar ook andere vormen van recht, waaronder beginselen en maatschappelijke normen en waarden, eerbiedigen. Omdat het persoonlijke element bij de rechtsvinding die vereist is voor het stellen, uitvoeren en toepassen van het recht, nooit is uit te schakelen (zie hiervoor), kan de binding nooit absoluut zijn. Dat wordt in de rechtswetenschappelijke literatuur ook wel erkend. Van Ommeren (1996: 115) schrijft bijvoorbeeld: "Het moet mogelijk zijn de grenzen van de bevoegdheid uit de wettelijke grondslag af te leiden. Het is onvermijdelijk dat die grenzen desondanks een zekere mate van vaagheid zullen vertonen: woorden zijn vrijwel altijd voor meerdere interpretaties vatbaar." Maar de ingrijpende conclusie van deze vaststelling wordt nooit getrokken, namelijk dat *de interpreterende instantie zelf mede bepaalt waaraan zij zich te houden heeft.*

Ook de machtsdeling die machtsuitoefening op basis van het recht met zich brengt, kan niet absoluut zijn. De machten zijn nooit geheel gescheiden in functies, aangezien alledrie de machten zich op de verschillende niveaus binnen de normenhiërarchie bezighouden met rechtsvorming. Elke schepping of uitvoering van een rechtsnorm is tegelijk een toepassing van hogere rechtsnorm (waarbij die norm noodzakelijk een nieuwe invulling krijgt) als een creatie van een nieuwe rechtsnorm op een lager niveau. Daarnaast kan de verhouding tussen de machten nooit dusdanig in evenwicht zijn dat er een absolute garantie kan worden gegeven tegen machtsmisbruik. Het systeem van *checks and balances* valt of staat met de inzet en de betrouwbaarheid, en daarmee met de persoonlijke inbreng, van de autoriteiten die belast zijn met controle op de machtsuitoefening door andere autoriteiten. Institutionele arrangementen kunnen hieraan helaas weinig veranderen. Dat betekent dat voor het klassieke probleem van *quis custodiet ipsos custodes*? geen sluitende oplossing bestaat.[12]

Tot slot valt niet te voorkomen dat machtsuitoefening op basis van het recht in wezen heteronoom is. Dat betekent, dat het recht nooit louter een afspiegeling van in de (rechts-) gemeenschap heersende normen en waarden kan zijn.[13] De verklaring hiervoor is dat de 'volkswil' noodzakelijk diffuus, veranderlijk en intern gespleten is. *Diffuus* wil zeggen dat wij als burgers niet altijd een duidelijk beeld hebben over de regels die we ten aanzien van een bepaald onderwerp willen laten gelden, zoals de schaarse bijdragen aan het publieke debat over privacy en gentechnologie recentelijk laten zien. *Veranderlijk* houdt in, dat het bestaande waardepatroon zich gaandeweg kan wijzigen. De totstandkoming van recht, en dan met name van wetgeving in formele zin, neemt de nodige tijd in beslag, terwijl intussen de normatieve opvattingen van de betrokkenen en de betroffenen alweer veranderd kunnen zijn. De Duitse auteur Jünger (1987: 54) brengt dit als volgt onder woorden: "[A]uch der schnellste Takt der Gesetzgebung bleibt hinter dem Marsche des Lebens, das in jedem Augenblick sein Recht verlangt, zurück." Voorts is de volkswil nooit homogeen, maar altijd *intern gespleten*. In termen van Cover bestaat de samenleving uit verschillende rivaliserende normatieve werelden die ervoor strijden om hun normen als officieel geldend recht erkend te krijgen. Dat heeft tot gevolg dat het recht altijd in meerdere of mindere mate modificerend van karakter is: het bevestigt (een specifieke uitleg van) de normen uit de ene *nomos*, en wijst (een hiermee strijdige uitleg van) de normen uit een andere *nomos* af. Ook in de klassieke rechtsstaat is dat het geval. Het negentiende-eeuwse recht in Nederland stond vooral in dienst van de welgestelde burgerij van het mannelijke geslacht en had vrouwen, arbeiders en armen in het algemeen weinig te bieden. Het onthouden van stemrecht aan vrouwen en minder welgestelde mannen was de uitdrukking, niet zozeer van het heersende rechtsbewustzijn, maar eerder van het rechtsbewustzijn van de heersers. Het door Koopmans (1970: 223) gemaakte onderscheid tussen codificatie en modificatie is dus, zoals Van der Vlies (1984: 78-79) ook betoogt, niet houdbaar.

Aan de hand van de bovengenoemde kenmerken is het overigens niet mogelijk een fundamentele tegenstelling te creëren tussen machtsuitoefening op basis van het recht en andere vormen van machtsuitoefening in staatsverband. Statelijke machtsuitoefening is altijd zowel persoonlijk als onpersoonlijk, gebonden, gedeeld en heteronoom. Zelfs een dictator zal zijn machtsuitoefening noodzakelijk moeten legitimeren met een beroep op een instantie buiten zichzelf (bijvoorbeeld de wil van het volk, de Rede of de Goddelijke wil); hij kan het zich niet veroorloven al zijn beloften te breken en geheel willekeurig te handelen, zeker niet ten aanzien van de instanties waarvan zijn macht afhankelijk is (met name politie en leger); en een dictator kan de macht niet alleen uitoefenen, maar zal die op de een of andere manier moeten delen met de personen die verantwoordelijk zijn voor de uitvoering van zijn bevelen. 'Blote' macht in de zin van onberedeneerde, irrationele of redeloze geweldpleging komt ook niet voor in de relatie tussen mensen. Daartoe is volgens Waldenfels (1990: 103-104) alleen de natuur in staat: "Menschliche Gewalt, die mehr ist als eine aller Rechtfertigung enthobene Naturgewalt, läßt sich nur denken im Zusammenhang mit einem Gewalt übenden oder Gewalt vermeidenden Reden und Tun, das sich auf dem Boden bestimmter Ordnungen vollzieht. Mit anderen Worten, menschliche Gewalt taucht stets auf im Rahmen *spezifischer Diskurse*."[14] Daarmee wordt niet ontkend dat er belangrijke verschillen tussen bijvoorbeeld een rechtsstaat en een dictatuur bestaan en dat er goede redenen zijn om de eerste boven de tweede te verkiezen (al was het alleen maar omdat er bij een dictatuur weinig te kiezen valt). Het onderscheid hiertussen is evenwel in *termen van macht en machtsbeperking* minder absoluut dan we ons ongetwijfeld zouden wensen.

13.4 CONCEPTUELE CONSEQUENTIES

Deze karakterisering van recht als macht stelt verschillende centrale uitgangspunten van de klassieke- en de sociale-rechtsstaatsidee op losse schroeven. Niet alleen zijn de hierbinnen gangbare opvattingen over recht en macht en de verhouding daartussen voor discussie vatbaar gebleken, maar ook die over rechtsvorming en representatie.[15] Aan de hand van vier stellingen worden hieronder enkele belangrijke consequenties voor de theorievorming over de rechtsstaat op een rijtje gezet. Er wordt volstaan met een korte toelichting, aangezien de nadere onderbouwing in de vorige paragraaf te vinden is.

a) *Tussen de absolute of machtsstaat enerzijds en de rechtsstaat anderzijds valt er in termen van macht en machtsreductie geen fundamenteel maar slechts een gradueel onderscheid te maken.*

De 'blote' machtsuitoefening die in de absolute staat verondersteld wordt plaats te vinden, is eenvoudig ondenkbaar. Machtsuitoefening door de staat is altijd in meerdere of mindere mate gedeeld en gebonden. Omgekeerd is de volledig gezuiverde machtsuitoefening, die de rechtsstaatsidee voorstaat, een illusie. Statelijke machtsuitoefening is nooit geheel onpersoonlijk en autonoom. Ergens op deze glijdende schaal van gemengd persoonlijke/onpersoonlijke, gedeelde, gebonden en heteronome machtsuitoefening moeten de absolute staat en de

rechtsstaat worden gepositioneerd. Hieruit volgt dat elke poging recht en macht fundamenteel tegen elkaar uit te spelen, gedoemd is te mislukken.

b) Ondanks alle verwoede pogingen zal het rechtsstaatsdenken er nooit in kunnen slagen, de sterke identificatie van recht en macht te doorbreken.

Het rechtsstaatsdenken, in zowel de klassieke als de sociale variant, is niet in staat de vervlechting van recht en macht ongedaan te maken. De fundering van machtsuitoefening in de formele wet, zoals de klassieke-rechtsstaatsidee voorstaat, kan niet voorkomen dat: in de wet sommige waarden worden ingesloten, terwijl andere worden uitgesloten; dat een bepaalde normatieve wereld officiële erkenning krijgt en hiermee onverenigbare werelden publiekelijk worden afgewezen; dat de juridische actoren die verantwoordelijk zijn voor de uitvoering en toepassing van de wet zelf mede de inhoud van die wet bepalen. Kortom, dat er van staatswege macht wordt uitgeoefend en geweld wordt gepleegd. De alternatieve sturingsinstrumenten, waarop de sociale-rechtsstaatsidee zich vaak beroept, zijn precies wat de aanduiding aangeeft: middelen waarmee doelbewust en doelgericht, meer of minder diepgaand, in het denken en handelen van burgers wordt ingegrepen. De overheidsmacht wordt in de verzorgingsstaat gedacht als een tegenmacht tegen de bestaande maatschappelijke machten – dat is zij *ook* –, maar ze blijft in haar verzet tegen machtsongelijkheid in de samenleving toch macht; anders zou het verzet krachteloos zijn. En deze macht kan, met name vanwege haar tenminste deels persoonlijke en heteronome karakter, nooit geheel geneutraliseerd worden in termen van 'gezag' of 'gelegitimeerde machtsuitoefening'. Ook communicatieve wetgeving ontkomt er niet aan, dat er op een bepaald moment de communicatie en dialoog wordt afgebroken en dat de wet voor dat moment en voor de betrokken partijen *onherroepelijk* wordt gesteld.[16] Hetzelfde geldt voor deliberatie: er komt onvermijdelijk een einde aan de publieke meningsvorming, niet alleen in *tijd* gemeten (de discussie kan niet eindeloos voortgaan), maar ook in *capaciteit* (de mogelijkheden om elkaar te begrijpen en tegemoet te komen zijn evenmin eindeloos). De overdracht van controle- en correctiemechanismen van de overheid naar maatschappelijke organisaties die vanuit de wending naar rechtsstatelijkheid wordt bepleit, kan alleen leiden tot een verplaatsing van macht maar niet tot een vermindering, laat staan tot een opheffing ervan.

c) Het is misleidend en verhullend, de klassieke en de sociale rechtsstaat van elkaar te scheiden in termen van instrumentaliteit. Instrumentaliteit is kenmerkend voor elke rechtsschepping.

In de verzorgingsstaat – zo wordt vaak beweerd – dreigt het recht zijn 'intrinsieke' waarde te verliezen en te verworden tot 'louter' een machtsinstrument. Er zou steeds minder aandacht zijn voor de waarborgkant van wetgeving, waaronder rechtsbescherming. Het verzet tegen het instrumentalisme van de verzorgingsstaat is in wezen een ontkenning van het machtsaspect van recht en wetgeving. Instrumentaliteit, in de minimale zin van de mogelijkheid van doelbewust en doelgericht ingrijpen in de werkelijkheid, is een algemeen kenmerk van elke rechtsschepping. Cover laat zien, dat door het stellen en voltrekken van recht

hiermee strijdige normatieve stelsels worden vernietigd. Dergelijk gewelddadig ingrijpen vindt in elke staat plaats, dus ook in de klassieke en in de sociale rechtsstaat. Beide rechtsstaatsideeën kunnen derhalve niet van elkaar worden gescheiden in termen van instrumentaliteit. Enkel kan worden gesteld dat in de sociale rechtsstaat, vergeleken met de klassieke rechtsstaat, (in kwantitatief opzicht) vaker een beroep op wetgeving als instrument wordt gedaan en er (in kwalitatief opzicht) andere doelen met dit instrument zijn verbonden.

d) Elke machtsuitoefening schiet vanuit het oogpunt van legitimatie tekort, niet alleen die binnen de verzorgingsstaat. Een ultieme rechtvaardiging voor geweldpleging door de staat ontbreekt.

De legitimiteitscrisis die met de opkomst van de verzorgingsstaat wordt gesignaleerd, is niet voorbehouden aan de verzorgingsstaat. Geen enkele uitoefening van macht, ook al wordt deze gedicteerd en gelimiteerd door de wet of het recht, is uitputtend te rechtvaardigen met een beroep op het algemeen belang, de volkswil of de noodtoestand. Er bestaat derhalve geen volledig gelegitimeerde machtsuitoefening. Aan elke ordening kleeft iets gewelddadigs, zoals Waldenfels stelt. Als men toch van een crisis wil spreken, moet men beseffen dat deze permanent is: de legitimatiecrisis is ontstaan met de heerschappij van de een over de ander en zal pas weer met de opheffing daarvan verdwijnen. Omdat het begrip ‘crisis’ veelal een tijdelijke inzinking in een voor het overige goed functionerend proces aanduidt, is het beter te spreken in termen van een *legitimatietekort*. (Ook de geconstateerde effectiviteitscrisis is niet uniek voor de verzorgingsstaat, omdat effectiviteit van wetgeving of recht in algemene zin überhaupt een problematisch concept is. Op dat laatste wordt nader ingegaan in Van Klink (2000).)

13.5 NORMATIEVE IMPLICATIES

Behalve ingrijpende conceptuele consequenties, brengt deze alternatieve visie op de verhouding tussen recht en macht, ook normatieve implicaties met zich. Drie van deze implicaties – aanbevelingen zo men wil – worden hier ter afsluiting aangestipt. Hoewel machtskritiek gemakkelijk kan uitmonden in de vulgair-postmodernistische slogan dat ‘alles gaat’, is het tegendeel het geval.

Ten eerste is het van belang dat de verantwoordelijke autoriteiten in de rechtspraktijk – niet alleen de wetgever, het bestuur en de rechter, maar bijvoorbeeld ook maatschappelijke organisaties in geval van zelfregulering – voortdurend verantwoording afleggen over de keuzen die zij maken bij het stellen, uitvoeren en toepassen van recht. Zij kunnen zich niet verschuilen achter de wet, jurisprudentie, rechtsbeginselen of het ‘heersende’ rechtsbewustzijn, omdat zij bij de schepping van recht zelf mede de inhoud daarvan bepalen. Elke rechtsschepping dient de principiële vraag te beanwoorden, waarom er voor een bepaalde interpretatie van de toepasselijke rechtsnormen is gekozen en andere mogelijke interpretaties daarvan worden uitgesloten. De keuzen dienen transparant gemaakt te worden, zodat deze voor discussie vatbaar blijven. Bovendien wordt hiermee op symbolisch niveau de feilbaarheid en de voorlopigheid van het juridisch oordeel

erkend in plaats van deze te verdoezelen. Machtsgebruik en -misbruik verdwijnen daardoor niet, maar worden in ieder geval *zichtbaar* en – voor toekomstige gevallen – *herroepbaar* gemaakt.

Ten tweede verdient het aanbeveling, dat in de rechtswetenschap meer aandacht wordt besteed aan de plaats van macht en geweld in het recht en in de rechtsstaat. Welke in- en uitsluitingsmechanismen zijn er bij de verschillende praktijken van rechtsschepping werkzaam? Welke vormen van geweld bestaan er en wat richten deze – ten goede en ten kwade – uit? Naar voorbeeld van Cover, die in concreto heeft laten zien welke stevige botsingen er kunnen optreden tussen het officiële recht en andere normatieve werelden (zoals die van de Mormonen en de Amish), dienen er diepgaande empirische studies te worden uitgevoerd naar de wijze waarop wij in onze democratische rechtsstaat omgaan met andersdenkenden (onder wie moslims, gereformeerden en rechts-radikalen). In welke omstandigheden en op welke gronden worden bijvoorbeeld als 'antidemocratisch' gekwalificeerde partijen van de verkiezingen uitgesloten? Hoe wordt uitvoering gegeven aan de wettelijke verplichting tot poliovaccinatie van kinderen in streng-christelijke kringen die daar fel tegen gekant zijn? Hoe wordt in deze kringen gekeken naar bestaande regelgeving ten aanzien van abortus, euthanasie en het homohuwelijk? Strekt onze beleden tolerantie zover dat we moslimvrouwen zullen toestaan, ook in de functie van rechter een hoofddoek te dragen? Bovendien bestaat er behoefte aan nader onderzoek naar de verschillen, maar wellicht ook de overeenkomsten, tussen de rechtsstaat en andere staatsvormen, waaronder de dictatuur. Hiermee komt de vraag naar de legitimiteit van het overheidshandelen automatisch op het tweede plan te staan (vgl. Waldenfels 1990: 118). Als de vereiste beschrijvingen eenmaal voorhanden zijn, kan altijd nog de normatieve kwestie aan de orde worden gesteld, waarop de geclaimde superioriteit van de rechtsstaat is gebaseerd.

Zowel de rechtspraktijk als de rechtswetenschap dient er, ten slotte, onophoudelijk naar te streven, de dialoog met uitgesloten normatieve werelden weer op te nemen. Het gaat om "die Wiederaufnahme eines Dialogs mit dem Anderen, um den Fortgang des Sagens und Tuns, allem Gesagten und Getanen zum Trotz" (Waldenfels 1990: 118). Of, zoals Cover (1995a: 172) het wel erg utopisch uitdrukt,[17] "[w]e ought to stop circumscribing the *nomos*; we ought to invite new worlds." Dat maakt eerdere geweldplegingen niet ongedaan en sluit ook geweldplegingen in de toekomst niet uit, maar tenminste wordt voorkomen dat de machthebbers, alsmede de apologeten die hun de vereiste legitimatie verschaffen, zich zelfgenoegzaam en tevreden opsluiten in hun eigen normatieve wereld.

NOTEN

1 Vgl. deel II, paragraaf 1.2.

2 Zie deel II, paragraaf 2.4. Dit begrip van macht wordt in het vertoog van de rechtsstaat tegenover het (ideale) recht geplaatst. De aldus geconstrueerde absolute scheiding tussen recht en macht tracht ik hieronder ongedaan te maken.

3 De onhoudbaarheid van deze notie komt hieronder aan de orde.

4 Vgl. deel II, paragrafen 1.2 en 2.4.

5 Deze twee tegengestelde visies op de functie van de wet worden beschreven in deel II, resp. paragraaf 2.3 en 3.3.

6 Op de verschillen tussen interpretatie in literatuur, kunst en de menswetenschappen enerzijds en juridische interpretatie anderzijds, wordt nader ingegaan in Cover (1995b).

7 Cover (1995b: 204n) verwijt hermeneutisch ingestelde rechtstheorici als Dworkin en White een blinde vlek te hebben voor "the violent side of law and its connection to interpretation and rhetoric".

8 Cover is van mening dat elk normatief universum zijn eigen recht schept. Op grond van Kelsens rechtsbegrip moet echter worden gesteld dat de normen die in een nomos gelden, alleen rechtsnormen zijn, wanneer ze door het officiële recht worden erkend. Met andere woorden: deze normen moeten herleidbaar zijn tot een hogere rechtsnorm en – uiteindelijk – tot de Grundnorm. Cover (1995a: 142) wijst een dergelijk positivistisch rechtsbegrip expliciet af: "The position that only the state creates law confuses the status of interpretation with the status of political domination." Vanuit Kelsen kan hiertegen worden ingebracht dat normatieve macht er precies uit bestaat dat "political domination" de "interpretation" dicteert.

9 Dit punt wordt bevestigd door Cover (1995a: 110-111): "Authoritative precepts may be national in character – or at least the authoritative text of the authoritative precepts may be national in character. But the meaning of such a text is always 'essentially contested', in the degree to which this meaning is related to the diverse and divergent narrative traditions within the nation."

10 Vgl. deel II, paragrafen 2.4 en 3.6.

11 Op de betekenis van de juridische hermeneutiek voor het strafrecht wordt ingegaan in Van Klink (2001).

12 Voor een nadere analyse van deze problematiek, zie Shapiro (1988).

13 Lindahl (2000a) levert fundamentele kritiek op dergelijk afbeeldingsdenken.

14 Waarmee maar weer eens de zinloosheid van de leuze 'zinloos geweld' is aangetoond.

15 Deze opvattingen worden samengevat in deel II, paragrafen 2.5 en 3.7.

16 Zie hierover verder Lindahl (2000b).

17 Er zit op dit punt een opvallende spanning in het denken van Cover. Hoewel hij erkent dat elke rechtsschepping noodzakelijk geweld meebrengt, beschrijft Cover tegelijkertijd het recht als een geweldloos medium waarmee geweld kan worden tegengegaan. Hieruit blijkt dat hij niet de anarchist is die hij voorwendde te zijn, maar toch – ondanks zijn weerzin hiertegen – een liberaal blijft (zie Seurat 1995: 264-265).

NAWOORD NA 'DE AANVAL'

1. DE WERELD NA 11 SEPTEMBER

De twee ontwerpen voor het huis van de rechtsstaat die in dit boek gebundeld zijn, werden begin september 2001 afgerond. Juist op het moment van de aanval besprak een van de auteurs een concepttekst van zijn laatste hoofdstuk met enkele leden van de WRR. Na de terroristische aanslagen van 11 september op de Verenigde Staten herlazen de auteurs hun eigen en elkaars beschouwingen met andere ogen. Terroristisch geweld houdt zich niet aan grenzen. Er is geen 'veilig', geen onaantastbaar deel van de wereld meer. Wat betekent dit voor de wending naar rechtsstatelijkheid die Witteveen bepleit? Wat is nog de betekenis van rechtsstatelijkheid als kwaliteitsmaatstaf waaraan het optreden van overheden en andere machtige actoren gemeten wordt, in een wereld waarin terreurdaden zich elk moment kunnen voordoen en er door het 'vrije Westen' een permanente oorlog tegen het terrorisme gevoerd wordt? Is een permanente oorlogstoestand verenigbaar met rechtsstatelijkheid of staat de sterke staat boven de wet? Of is de rechtsstaat ook in zogenaamd normale perioden al een veel gewelddadiger verschijnsel dan veelal wordt aangenomen? Is rechtsstatelijkheid zelf een vorm van geweld, zij het geweld met goede bedoelingen, zoals Van Klink poneert?

In de oorlog tegen het terrorisme worden meteen na 11 september zowel in de Verenigde Staten als in Europa gangbare strafrechtelijke beginselen en procedures buiten werking gesteld; voor rechtsstatelijkheid is nu even geen tijd, effectiviteit komt op de eerste en enige plaats. Een tijdelijke overreactie, die wel door een correctie gevolgd zal worden? Of is repressie – zij het uit naam van een normatieve orde – het ware gezicht van de rechtsstaat? Staat, met andere woorden, het huis van de rechtsstaat nog recht overeind of wankelt het na de klap op zijn grondvesten?

De auteurs wisten zelf de antwoorden op deze indringende vragen ook niet direct. Daarom gingen zij een kritische dialoog met elkaar aan, in de hoop althans hun beider stellingname te verduidelijken. Deze dialoog is hieronder weergegeven in de klassieke vorm van een Socratische ondervraging, waarbij onze namen door middel van initialen worden aangeduid.

2. DE ARROGANTIE VAN DE MACHT. ONDERVRAGING VAN BART VAN KLINK

WW Het is onmiskenbaar dat in reactie op het terroristische geweld ook de democratische rechtsstaten, onder Amerikaanse leiding, geweld inzetten. Maar is het geweld van de rechtsstaat wel hetzelfde soort geweld (omdat er doden bij vallen) of is het beter gelegitimeerd – als zelfverdediging, als uiting van democratische wilsvorming, als noodzakelijke verdediging van de vrijheid van het Westen – en daarom van een heel andere orde?

BvK Alvorens op je pertinente vraag in te gaan, hecht ik eraan mijn onbehagen te uiten over het academische karakter van onze dialoog. In de 'echte' wereld zijn er als gevolg van de terroristische aanslagen duizenden onschuldige mensen vermoord en zijn er – in reactie op deze aanslagen – ook weer een grote hoeveelheid, al dan niet schuldige, mensen omgebracht; het precieze aantal zal wel altijd onbekend blijven. Als wetenschapper kun je, net als elke burger, dit brute geweld niet anders dan met grote gevoelens van onmacht en afgrijzen gadeslaan. Tegelijk heb je, juist als wetenschapper, de verantwoordelijkheid de gebeurtenissen uit de fenomenale wereld te confronteren met de wereld van de ideeën, hetzij om deze in eerste instantie nauwelijks te bevatten gebeurtenissen betekenis te geven, te vertalen in hanteerbare begrippen, hetzij om het onvermogen, de blote feitelijkheid in woorden te vatten, het tekortschieten van onze begrippen aan het licht te brengen, hoe pijnlijk en confronterend dat (in beide gevallen) soms ook is.

WW Dat ben ik met je eens.

BvK Terug naar je vraag. Is het geweldsbegrip zoals ik dat hanteer, niet te algemeen om recht te doen aan de uiteenlopende verschijningsvormen van geweld? Natuurlijk is het mogelijk om uit verschillende gezichtspunten verdere onderverdelingen te maken binnen de algemene categorie van geweld. Vanuit sociologisch gezichtspunt, dat de aandacht richt op de concrete empirische gestalten waarin het geweld zich voordoet, kan onderscheid worden gemaakt tussen vormen van geweld waarbij er wel of geen doden vallen, waarbij de doden om het leven zijn gekomen als gevolg van een messteek, een pistoolschot of een bomaanslag, waarbij de overheid of een terroristische groepering de dader is, waarbij de slachtoffers al dan niet een eerlijke kans tot verdediging hebben gehad, enzovoorts. Meer normatief bezien, doet zich de vraag voor of er een nadere onderverdeling gemaakt kan worden in vormen van geweld die in meerdere of mindere mate gerechtvaardigd of die geheel niet legitiem zijn. Maakt het, met andere woorden, verschil dat de geweldsuitoefening op een juridische of een morele grondslag kan worden gebaseerd? De inzet van mijn betoog is, te laten zien dat deze begripsmatige verfijningen er vanuit het door mij gehanteerde rechtsfilosofische perspectief niet wezenlijk toe doen.

WW Hoe bedoel je dat?

BvK Het gaat in alle gevallen om geweld, dat wil zeggen om handelingen die het slachtoffer geheel of gedeeltelijk van zijn (rechts-) subjectiviteit beroven, hem in zijn andersheid miskennen, hetzij door een fysieke aantasting van zijn subjectiviteit (de persoon in kwestie wordt bijvoorbeeld neergestoken of neergeschoten), hetzij door wat een 'symbolische onteigening' kan worden genoemd (er worden hem fundamentele rechten onthouden, zijn normen en waarden worden verworpen). In beide gevallen vindt er brute uitsluiting plaats: de persoon wordt buiten de bestaande juridische en morele orde geplaatst en veroordeeld tot de status van parasiet, *outsider of outlaw*. Je kunt daar tegen inbrengen dat het verkieslijker is met woorden dan met wapens te worden bestreden – al betwijfel ik

of er een objectieve maatstaf bestaat waarmee het leed dat beide soorten handelingen teweegbrengen, gemeten en met elkaar vergeleken kan worden – maar dan nog kan niet worden geloochend dat er sprake is van geweldpleging, met welke middelen dan ook uitgevoerd. En geen enkele geweldpleging kan uitputtend worden gerechtvaardigd in termen van het algemeen belang, de volkswil, de noodtoestand of een andere ideële notie. Er bestaat geen volledig gelegitimeerde machtsuitoefening. Aan elke ordening, ook die van een rechtsstaat, kleeft daarom iets gewelddadigs.

WW Dat klinkt allemaal nogal abstract. Wat betekent deze vaststelling voor de wereld na 11 september?

BvK Toegespitst op 'de aanval', betekent dit in concreto dat de reactie van de Verenigde Staten op de terroristische aanslagen, hoewel er ongetwijfeld goede redenen voor aangevoerd kunnen worden (zoals het recht op zelfverdediging), nooit geheel gerechtvaardigd kan worden. Er blijven altijd knellende vragen over, die tot in lengte van dagen tot heftige polemiek aanleiding zullen geven en derhalve niet eenduidig te beantwoorden zijn. Om er enkele te noemen: Was het gerechtvaardigd dat de Verenigde Staten Afghanistan aanviel, terwijl nog niet (overtuigend) was bewezen wie er precies verantwoordelijk was voor de terroristische aanslagen? Heeft de Amerikaanse regering deze aanslagen niet over zichzelf afgeroepen door haar opportunistische buitenlandse beleid? Is bombarderen een legitiem middel om terrorisme te bestrijden? Weegt het verlies van vele mensenlevens en de grote materiële schade die hiervan het gevolg is, op tegen het bereikte resultaat? Waarom zijn er niet eerst minder ingrijpende middelen beproefd, zoals onderhandeling, diplomatie en infiltratie? En hoever mag de Amerikaanse regering gaan in het beperken van burgerlijke vrijheden in naam van terrorismebestrijding (die zelf weer ten dienste van de vrijheid zou staan)? Wat Europa betreft, is het met name de vraag of de Europese regeringsleiders zich zomaar tot bondgenoten in deze 'oorlog' hadden mogen verklaren, zonder het eigen parlement en de eigen bevolking daarover te raadplegen. Omgekeerd zijn er natuurlijk vele vragen te stellen over de gerechtvaardigheid van de terroristische aanslagen zelf. Hieruit blijkt dat elke machtsuitoefening in normatief opzicht problematisch is, ook al lijkt deze ingegeven te zijn door juridische of morele noties. Om die reden wens ik ook geen principieel onderscheid te maken tussen gelegitimeerde of niet-gelegitimeerde vormen van geweldsuitoefening binnen staatsverband. In het vertoog van de rechtsstaat wordt dat onderscheid wel gemaakt, met als gevolg dat ingrijpende negatieve consequenties van het overheidshandelen – zowel materieel als symbolisch van aard – aan het zicht worden onttrokken. De macht sluit zich zelfgenoegzaam op in haar eigen normatieve wereld.

Kortom, terugkomend op je eerste vraag, stel ik vast dat een nadere uitwerking van het algemene geweldsbegrip uit sociologisch gezichtspunt zeker mogelijk, maar voor mijn doeleinden niet noodzakelijk is. Een juridisch of moreel gefundeerd onderscheid tussen (in meerdere of mindere mate) gelegitimeerde en niet-gelegitimeerde vormen van geweld acht ik, behalve onmogelijk, ook onwense-

lijk, omdat hierdoor het altijd aanwezige legitimatietekort van machtsuitoefening wordt verhuld.

WW Hoe verhoudt zich deze conclusie met jouw stelling dat er tussen de machtsstaat en de rechtsstaat slechts een gradueel verschil bestaat?

BvK Juist omdat er aan elke ordening iets gewelddadigs kleeft, kan er geen fundamenteel onderscheid worden gemaakt tussen de machtsstaat en de rechtsstaat. Althans, *in termen van machtsuitoefening* is dat niet mogelijk. (Derhalve is niet uit te sluiten dat beide staatsvormen fundamenteel van elkaar kunnen worden onderscheiden in *andere* termen – bijvoorbeeld volksgezondheid, veiligheid, welvaart, maatschappelijk draagvlak, stabiliteit, wijze van machtsoverdracht – maar dat valt buiten het kader van mijn onderzoek.) Zoals eerder uiteengezet, bevat de machtsuitoefening die het recht tegelijk is en mogelijk maakt, vier kenmerken: zij is deels onpersoonlijk (want gebaseerd op geobjectiveerd recht) en deels persoonlijk (want gebaseerd op een subjectieve keuze voor een specifieke interpretatie van dit geobjectiveerde recht); gebonden (de gekozen interpretatie mag het kader van het bestaande recht niet te buiten gaan); gedeeld (de schepping van recht is verdeeld over verschillende organen); en heteronoom (het aldus geschapen recht kan nooit op volledige instemming van de rechtsonderhorigen rekenen). Aan de hand van deze kenmerken is het niet mogelijk een wezenlijke tegenstelling te creëren tussen machtsuitoefening op basis van het recht en andere vormen van machtsuitoefening in staatsverband. Statelijke machtsuitoefening is altijd, in meerdere of mindere mate, zowel persoonlijk als onpersoonlijk, gebonden, gedeeld en heteronoom. Zelfs een dictator zal zijn machtsuitoefening moeten legitimeren met een beroep op een instantie buiten zichzelf (bijvoorbeeld de wil van het volk, de Rede of de Goddelijke wil); hij kan het zich niet veroorloven al zijn beloften te breken en geheel willekeurig te handelen, zeker niet ten aanzien van de instanties waarvan zijn macht afhankelijk is (met name politie en leger); en een dictator kan de macht niet alléen uitoefenen, maar zal die op de een of andere manier moeten delen met de personen die verantwoordelijk zijn voor de uitvoering van zijn bevelen. Nogmaals, ik ontken niet dat er belangrijke verschillen bestaan tussen bijvoorbeeld een rechtsstaat en een dictatuur en dat er goede redenen zijn om het eerste boven het tweede te verkiezen (al was het alleen maar omdat er bij een dictatuur weinig te kiezen valt). Het onderscheid hiertussen is evenwel in termen van macht en machtsbeperking minder absoluut dan veel rechtswetenschappers lijken te denken. Elke dictatuur heeft 'rechtsstatelijke' trekken, zoals elke rechtsstaat ook 'dictatoriale' elementen bevat, omdat een staat zonder beide elementen eenvoudigweg niet kan bestaan.

WW Je analyse lijkt uit te monden in een totale opheffing van het onderscheid tussen dictatuur en rechtsstaat. Wat moeten we daar verder mee?

BvK Tot nu toe heb ik vooral de destructieve kant van de deconstructie van de tegenstelling dictatuur-rechtsstaat belicht. Maar, zoals Louis Paul Boon al zei, ook de afbreker bouwt op! De constructieve keerzijde van deze – ook voor mijzelf

schokkende – relativering van het gangbare onderscheid ('opheffing' is veel te sterk uitgedrukt) is dat we de arrogantie van de macht doorbreken. We moeten meer oog krijgen voor processen van in- en uitsluiting die niet alleen in zogenaamde 'bananenrepublieken' plaatsvinden, maar ook in onze eigen rechtsstaat, die vaak als de beste van alle mogelijke werelden wordt voorgesteld.

WW Je maakt op een interessante manier gebruik van Robert Covers idee van het samengaan van normativiteit en geweldsuitoefening in de *nomos*, de door het recht geordende wereld. Voor Cover is er geen recht zonder geweld. Ik geef toe dat er altijd een legitimatietekort is en nooit op theoretische gronden alleen gezegd kan worden dat bijvoorbeeld een rechterlijk oordeel per definitie een gezagshandeling is.

BvK Wat bedoel je precies met "op theoretische gronden alleen"? Zijn er volgens jou dan bijkomende, aan de (rechts)praktijk ontleende, redenen die van een rechterlijk oordeel een *zuivere* gezagshandeling kunnen maken? In mijn opvatting is een rechterlijk oordeel, hoezeer ook met goede redenen omkleed, *ook* altijd een machtshandeling, omdat het uitgaat van een normatieve ordening die nooit geheel kan worden gerechtvaardigd.

WW Maar dan rijst wel de vraag of alle rechtshandelingen en alle interpretaties en alle uitvoering van de wet op dezelfde manier als 'geweld' of 'macht' moet worden opgevat. Zijn het wel identieke grootheden? Moeten er niet wat fundamentele onderscheidingen worden aangebracht? Zoals dat tussen macht (als het vermogen de gedragsalternatieven van een ander te bepalen) en invloed (als het sturen maar niet determineren van het gedrag van de ander); tussen strategisch en communicatief handelen; tussen samenwerking om een gezamenlijk doel te bereiken, eenzijdige beslissingsmacht en varianten van geweld?

BvK Ik merk dat je moeite blijft houden met het door jou ongetwijfeld als te 'monolithisch' ervaren geweldsbegrip dat ik heb gehanteerd in mijn analyse van de verhouding tussen recht en macht in de rechtsstaat. Vanuit jouw encyclopedische achtergrond kan ik mij dat ook goed voorstellen. Ik houd echter vol dat deze nadere begripsmatige verfijningen niet noodzakelijk zijn voor het soort van rechtsfilosofische analyse dat ik heb willen maken. Het doel dat mij voor ogen staat, is aan te tonen dat macht ook in de rechtsstaat niet probleemloos kan worden 'witgewassen' tot gezag en dat er altijd een niet verder te legitimeren 'rest' van macht overblijft bij elke rechtscheppende handeling (dat wil zeggen: het maken en toepassen van rechtsregels door wetgever, bestuur en rechter). De onderscheidingen die jij voorstelt – tussen macht en invloed, strategisch en communicatief handelen, samenwerking, eenzijdige beslissingsmacht en varianten van geweld – ontkomen niet aan deze logica. Het gaat dus opnieuw om graduele verschillen, niet om binaire opposities. Immers, ook in geval van de zogenaamd 'zachtere' polen van deze onderscheidingen – invloed, communicatief handelen en samenwerking – moeten er uiteindelijk harde knopen worden doorgehakt, wil er tenminste sprake zijn van een rechtscheppende handeling: er wordt een wet

vastgesteld, een bestuursbesluit genomen, een rechtsoordeel geveld. Elke machtsuitoefening die op basis van het recht plaatsvindt, brengt in meerdere of mindere mate geweld met zich, hoeveel communicatie, deliberatie of dialoog ook wordt betracht. Er komt onvermijdelijk een moment waarop het recht voor de betrokken partijen definitief wordt gesteld. Op materieel niveau kan dat onder meer betekenen dat iemand zijn kinderen, zijn vermogen, of zelfs – in landen waar de doodstraf bestaat of waar oorlog wordt gevoerd – zijn leven verliest. Op symbolisch niveau worden met iedere rechtschepping sommige waarden ingesloten, terwijl andere worden uitgesloten. Deze vaststelling van recht is nooit geheel te rechtvaardigen met een beroep op rechtsstatelijke beginselen, zoals het democratiebeginsel (want de wil van het volk is niet eenduidig) en de trias politica (want de schepping van 'lager' recht volgt nooit logisch dwingend uit de regels van het 'hogere' recht). Het recht laat littekens achter, die het vertoog van de rechtsstaat met ideologische pleisters probeert te bedekken. Ik heb de ongemakkelijke en ondankbare taak op me genomen, deze littekens weer in alle vurigheid bloot te leggen. Dit lijkt me een mooi moment om de rollen eens om te draaien!

3. RECHTSSTATELIJKHEID EN TERRORISME. ONDERVRAGING VAN WILLEM WITTEVEEN

BvK Is er nog wel plaats voor rechtsstatelijkheid in de wereld van na de aanval? Burgers verwachten tegenwoordig eerder een slagvaardig dan een rechtmatig optreden door de overheid.

WW Ik denk dat ze het allebei verwachten. De overheid moet effectief en snel optreden tegen terroristische activiteiten maar dat optreden moet zelf gebaseerd zijn op onze wetten, het moet proportioneel zijn, er moet politiek leiding aan worden gegeven en die politieke leiding moet achteraf, als de dreiging voorbij is, ook in het openbaar verantwoording afleggen aan een democratisch gekozen orgaan. Als het bij de bestrijding van het terrorisme uit de hand loopt en onschuldige burgers worden getroffen, verwacht men ook bescherming door de rechter. Dat zouden tenminste mijn verwachtingen zijn over wat de burgers verwachten; het is wel allemaal erg speculatief. In het algemeen denk ik dat burgers bereid zijn de overheid veel armslag te geven om de veiligheid te bevorderen en de dreiging van terreur tegen te gaan (daar willen ze ook best wat privacy voor inleveren), maar dat ze niet willen dat deze macht tegen onschuldige burgers gebruikt wordt en dat ook bij mensen die wel schuldig zijn, niet alles geoorloofd is (zoals martelen of liquideren). Het doel van de veiligheid heiligt niet alle middelen; zolang die overtuiging er nog is, is er nog rechtsstatelijkheid.

BvK Maar zijn rechtsstatelijke randvoorwaarden niet vooral hinderlijke obstakels bij een krachtdadige bestrijding van het terrorisme? Moet een overheid die zich aan de grondrechten en aan de geldende wetten wil houden, de strijd niet eigenlijk voeren met een hand op de rug gebonden? (Voor de goede orde: deze vragen zou ik vanuit mezelf niet stellen want, zoals ik het zie, bevat het vertoog van de rechtsstaat geen onoverkomelijke obstakels tegen hard overheidsoptreden, en

mochten ze er wel zijn, dan zijn de verantwoordelijke politici nooit te beroerd deze hindernissen tijdelijk buiten spel te zetten met een beroep op een eventuele noodtoestand. Toch hecht ik eraan deze vragen te stellen, omdat ik me – vanuit mijn academische ivoren toren – kan voorstellen dat ze leven bij de man of vrouw in de straat.)

WW Doelmatigheid is ook een van de kwaliteitsmaatstaven van de rechtsstaat. De overheid is verplicht om haar procedures, haar werkwijze, haar organisatie zo in te richten dat snel en effectief kan worden opgetreden en bij de beslissingen om zo'n organisatie en zo'n actieplan te ontwerpen kan tot op zekere hoogte rekening gehouden worden met andere rechtsstatelijke kwaliteitsmaatstaven, zoals met de grondrechten van burgers. Er hoeft daar volgens mij geen conflict te zijn, al kan dat wel wanneer je de nodige afweging van belangen niet tijdig hebt verricht en moet gaan improviseren. Van een situatie waarin je met een hand op de rug moet vechten is soms sprake als de andere partij een technisch voordeel heeft, maar vaak heeft juist de overheid de beste technische middelen in handen. Rechtsstatelijkheid kan bovendien soms juist nodig zijn om werkelijk effectief tegen terrorisme te kunnen opereren. Meestal hebben we te maken met grensoverschrijdende terroristische activiteiten waartegen verschillende overheden, soms wereldwijd, moeten samenwerken. Dan is het van belang dat ze allemaal goed georganiseerd zijn en die organisatie op elkaar hebben afgestemd. Ze kunnen leren van elkaars oplossingen om zo rechtsstatelijk mogelijk te opereren. De rechtszekerheid is met een dergelijke samenwerking zeker gediend; je weet waar de overheden zich aan houden en dan weet je ook waar burgers zich aan te houden hebben. Maar na 11 september is ook gebleken dat de internationale veiligheidssituatie eisen stelt aan alle staten om op een althans minimale manier rechtsstaat te zijn; een staat dus waar bepaalde (terroristische) misdrijven niet kunnen en waar het strafrechtelijke systeem daar effectief tegen optreedt. Met als uiterste sanctie een militaire ingreep door de internationale gemeenschap tegen staten die terroristen een veilige schuil- en werkplaats bieden.

BvK Maar is het niet zo dat de wending naar rechtsstatelijkheid de macht van de staat nog verder aantast, waar zij juist versterkt zou moeten worden, althans in de beleving van veel burgers? Als we het terrorisme even laten rusten; is het niet zo dat op belangrijke beleidsterreinen, waaronder veiligheid en openbare orde, burgers een sterke staat wensen en niet een staat die aan allerlei restrictieve regels gebonden is?

WW Burgers willen garanties voor veiligheid maar ze willen niet in een politiestaat leven waarin ze zich niet kunnen ontplooien. Daar zit een spanning in, maar geen onoplosbaar conflict. Ik denk dat het rechtsstatelijke ideaal van een responsieve en communicatieve overheid die naar burgers luistert, consequent optreedt en verantwoording aflegt, veel beter te rijmen is met het verlangen krachtig op te treden tegen onveiligheid dan een sterke staat die mag doen wat hij wil en zich dan ook niets hoeft aan te trekken van de klachten van burgers over hun situatie. Maar daar speelt ongetwijfeld mee dat ik, anders dan jij, niet vind dat alles wat de

overheid in naam van de rechtsstaat doet een vorm van geweld is; ik zie ook constructievere handelingsmogelijkheden.

BvK Daar komen we zo op. Ik wilde eerst nog een vraag stellen over wat voor jou kennelijk de kern is van de rechtsstatelijke democratie: een politieke gemeenschap waarin voortdurend publiekelijk belangen tegen elkaar worden afgewogen. Je stelt in jouw ontwerp dat door de veranderende maatschappelijke context het belang van een goede evenwichtige belangenafweging is toegenomen. Dit belang zal na de aanval zeker niet zijn afgenomen. Maar wat houdt een "goede en evenwichtige belangenafweging" in? De wending naar rechtsstatelijkheid biedt een aantal criteria die vooral procedureel van aard lijken te zijn, zoals de openbaarheid, de transparantie en de "inclusiviteit" van de afgewogen belangen. Toch zullen er in een rechtsstaat ook inhoudelijke criteria aan de belangenafweging worden gesteld. Zo zal men in de meeste gevallen vinden dat de mogelijkheid om iemand anders te doden of om met een vliegtuig een gebouw te rammen geen af te wegen waarde vormt.

WW Ho ho, wacht eens even. De belangenafwegingen waar ik het over heb zijn die welke zich voordoen aan mensen die een houding van burgerschap aannemen, dus zich beschouwen als vrije en gelijke leden van een gemeenschap. De wens een ander te doden of met een vliegtuig een gebouw binnen te vliegen behoort nooit tot het scala van belangen die voor een dergelijke burgerschapshouding in aanmerking komen; iemand die zulke belangen nastreeft plaatst zich juist buiten de gemeenschap van vrije en gelijke burgers (door het recht op leven te ontkennen). De fundamentalist die een vliegtuig kaapt en als wapen gebruikt, erkent de passagiers van het vliegtuig en de slachtoffers op de grond niet als medemensen (hij ziet ze als werktuigen). Dit is een vorm van geweld die radicaal buiten elke opvatting van rechtsstatelijkheid valt.

BvK Blijft echter de vraag: welke waarden gelden als rechtsstatelijk te beschermen waarden en maken naar jouw oordeel legitiem onderdeel uit van een belangenafweging? En vooral, want een uitputtende catalogus is vast niet mogelijk: wat is de status van deze waarden – gaan ze vooraf aan de belangenafweging of maken ze er onlosmakelijk deel van uit?

WW Allebei. We weten al voor we in een concreet probleem belangen moeten afwegen wat voor waarden de rechtsstatelijkheid beoogt te beschermen, de vrijheid bijvoorbeeld en de gelijkheid en de solidariteit. Die waarden vinden we ook terug in wetgeving en in beleidspraktijken. Wat belangenafweging zo belangrijk en zo moeilijk maakt is dat het in concreto vaak niet allemaal tegelijkertijd kan; dat we in een wereld leven waarin ons waardenpluralisme ons tot pijnlijke keuzen dwingt. En ik denk zelf dat juist een evenwichtige en openbare afweging van belangen met kritische discussie ertoe bijdraagt dat in het concrete geval een veel scherper zicht wordt gevonden op wat we van de abstracte waarden nu werkelijk belangrijk vinden, gegeven de situatie waarin we ons bevinden, in de grondig onderzochte omstandigheden van het geval. Het gevolg van een geslaagde belan-

genafweging kan bovendien zijn dat we weer anders tegen de abstracte waarden aankijken. Het is een soort casuïstiek. Waarden hebben zo de status van gemeenplaatsen of topoi die deel uitmaken van de rechtsstatelijke argumentatiecultuur en in het gebruik zelf geleidelijk van betekenis veranderen, in een hermeneutisch proces van interpretatie en constructie.

BvK Bij beide mogelijkheden heb je echter een probleem. Gaat het om aan de belangenafweging transcendente waarden, dan stuiten we op de niet-onderhandelbare, harde, materiële kern van de liberale rechtsstaat, die veelal verhuld blijft met een beroep op de veronderstelde neutraliteit. Betreft het echter waarden die in de belangenafweging zelf worden bepaald, dan heeft de liberale rechtsstaat geen harde kern en kan hij derhalve, al afwegende, tot een andere staatsvorm, bijvoorbeeld een totalitaire, worden getransformeerd. Hoe kan de wending naar rechtsstatelijkheid, door eisen te stellen aan de belangenafweging, een afglijden naar totalitarisme voorkomen?

WW Maar voor mij is het dus niet of of maar en en. Voor mij staat niet een transcendente rechtsstatelijkheid (met een harde kern) tegenover een puur procesmatige rechtsstatelijkheid (zonder inhoud). Ik zie juist de mogelijkheid van een wisselwerking tussen rechtsstatelijke idealen waar men in het algemeen mooie verhalen over vertelt (leven in vrijheid en verantwoordelijkheid, dat soort verhalen) en de tragische keuzes waar de praktijk ons toe kan dwingen en waarin we met pijn en moeite proberen te ontdekken wat een bepaald ideaal ons in de gegeven situatie eigenlijk waard is. Zo zou een dreigende terroristische aanval mij wel een offer in privacy waard zijn. Maar een sluimerende en ongrijpbare terroristische organisatie zou voor mij geen opheffing van de privacy van alle bonafide mensen en organisaties rechtvaardigen. Afhankelijk van wat we er nu nog buiten houden maar wat doorslaggevend is: ons oordeel over de harde feiten. Ik pleit voor wat Llewellyn situation sense noemt. En dat afglijden naar totalitarisme . . . Daar ben ik in Nederland nu en Europa nu nog niet bevreesd voor. Als het gebeurt zal het niet komen doordat we naar een betere democratie of een betere rechtsstaat streven, ook in moeilijke omstandigheden, maar omdat we dat hebben nagelaten.

BvK Dan kom ik nu toch op het hete hangijzer van onze controverse: het geweld van de rechtsstaat. In mijn ontwerp heb ik betoogd dat aan elk overheidsoptreden, ook dat in de rechtsstaat, een geweldsaspect kleeft. Het rechtsstaatsdenken beschouw ik als een dappere en zonder twijfel goedbedoelde, maar onherroepelijk tot mislukken gedoemde, poging om het geweldsaspect van overheidsoptreden te verduisteren.

WW Twee dingen (zei de sociaal-democraat). Ik ontken niet dat er een geweldsaspect is: als op rechtsstatelijk correcte wijze een vonnis wordt gewezen, wordt het soms uitgevoerd in een "field of pain and death", zoals Cover het stelt (maar gelukkig kennen wij de doodstraf niet). Het strafrecht voegt leed toe, ook als het correct functioneert. Maar ik vind het onzin om dit geweldsaspect te verabsoluteren. Veel recht, met name het bestuursrecht en het privaatrecht, is helemaal

22284WRR_boek 04-12-2002 14:45 Pagina 228

niet in termen van geweldsuitoefening te beschouwen. Wat is er gewelddadig aan het op correcte wijze verlenen van een vergunning? Of aan het op rechtsstatelijke wijze sluiten van een contract, zoals een collectieve arbeidsovereenkomst, dat voor beide partijen voordeel kan bieden, zelfs al is het niet echt rechtvaardig en gaat de sociale strijd door? De rechtsstatelijke kwaliteitsmaatstaven hebben lang niet altijd te maken met de beheersing van macht of geweld, vaak ook met het mogelijk maken van constructief samenhandelen (‘*power to*’ in de politicologische machtsterminologie). En, tweede ding, ik geloof niet dat het rechtsstaatdenken ten doel heeft om de inzet van geweld te verduisteren, veeleer om er op een reflectieve en eerlijke manier mee om te gaan en het geweld zoveel mogelijk beheerst en beperkt te houden. Als niet de woorden maar de wapens spreken, is dit een nederlaag voor de democratische rechtsstaat. Na 11 september kwam 6 mei.

BvK Toch komt het mooie verhaal van de rechtsstatelijkheid mij ook voor als een verhullende ideologie. Is rechtsstatelijkheid niet een nieuwe, meer verfijnde dekmantel waarmee ongerechtvaardigde machtsuitoefening en geweldpleging door de overheid en andere instanties kunnen worden toegedekt? Het gevaar van dergelijke legitimerende vertogen is dat zij precies datgene oproepen wat zij trachten te onderdrukken: geweld, desnoods in de vorm van terroristische aanslagen.

WW Je vasthoudendheid brengt mij aan het twijfelen. Zeker wordt er soms gedachteloos en vrijblijvend gefilosofeerd over de democratie en de rechtsstaat en houdt men zichzelf daarmee dan voor de gek, wil men de werkelijkheid niet onder ogen zien. Daar ben ik natuurlijk een tegenstander van. Ik wil, als elke democraat, een open debat en een reflectieve houding bevorderen. Maar ik geloof niet in een soort complottheorie waarbij de aanhangers van rechtsstatelijkheid de ware stand van zaken verhullen om in het geheim hun vreselijke misdaden te plegen. Zo heb ik mijn twijfel weer bedwongen, maar dan begin ik toch weer te twijfelen als ik denk aan het daderprofiel van de moordenaar op Pim Fortuyn. Dit was een positivist die op extreem legalistische wijze de middelen van de rechtsstaat inzette om varkensboeren het leven onmogelijk te maken. Wie de procedeerlust van deze actievoerder rechtsstatelijk noemt, heeft wel wat uit te leggen: kan het niet inderdaad zo zijn dat er een verband bestaat tussen positivistisch en radicaal optreden met de geldende rechtsregels als wapen om anderen te dwingen zich aan de regels te houden, en het grijpen naar geweld wanneer iemand dit activisme lijkt te bedreigen? Een akelige waarheid waar ik liever niet mee geconfronteerd wil worden. Maar het moet. Misschien heb je dus meer gelijk dan ik bereid ben toe te geven. Aan de andere kant: ik beschouw de procedeerlust van Van der G. niet als een vorm van rechtsstatelijkheid, maar als misbruik van procesrecht. Rechtsstatelijk was zijn optreden niet omdat hij op geen enkele wijze respect toonde voor zijn tegenstanders, de boeren, die ook mensen zijn en als vrije en gelijke burgers behandeld dienen te worden. Dat leidt weer tot een volgende vraag. Is het dierenbevrijdingsfront als het zijn retoriek met gewelddaden kracht bijzet dan ook een vorm van terrorisme? Nou nee, de meeste activisten zijn lieve mensen die geen vlieg kwaad zouden doen. Maar: is dat niet juist het probleem,

meer waarde hechten aan dieren dan aan mensen? Zo zet de innerlijke dialoog zich voort en word ik nog tussen twee polen heen en weer getrokken. Ik ben er nog niet uit maar zet toch een punt achter onze dialoog.

LITERATUUR

Aalders, M.V.C. (1984) *Industrie, milieu en wetgeving. De Hinderwet tussen symboliek en wetgeving*, Amsterdam: Kobra.
Ackerman, B. (1991) *We the People*, Cambridge Mass.: Harvard University Press.
Ackerman, B., and J. Fishkin (2000) 'Deliberation Day', cf. *http://www.la.utexas.edu/ conf2000 papers.*
Allott, A. (1980) *The Limits of Law*, London: Butterworths.
Arnold, T.W. (1938) *The Symbols of Government*, New Haven: Yale University Press.
Aubert, V. (1971) *Proeven van rechtssociologie*, Antwerpen: Wetenschappelijke uitgeverij.
Barendrecht, J.M. (1992) *Recht als model van rechtvaardigheid. Beschouwingen over vage en scherpe normen, over binding aan het recht en over rechtsvorming* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer.
Bellamy, R. (1999) *Liberalism and Pluralism. Towards a Politics of Compromise*, London: Routledge.
Bergh, G.C.J.J. van den (1982) *Wet en gewoonte. Historische grondslagen van een dogmatisch geding*, Deventer: Kluwer.
Bergström, C.F. (2001) 'While Waiting for Godot. A need to Strengthen the Control over Commission Legislation' (paper presented at the European Law Conference, Stockholm 2001).
Berlin, I. (1958) *Two Concepts of Liberty*, Oxford: Clarendon Press.
Berlin, I. (1969) *Four Essays on Liberty*, Oxford: Oxford University Press.
Berlin, I. (1990) *The Crooked Timber of Humanity. Chapters in the History of Ideas*, London: John Murray.
Berman, H.J. (1983) *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge Mass.: Harvard University Press.
Blichner, L.C. (2000) 'The Anonymous Hand of Public Reason', in: E.O. Eriksen and J.E. Fossum (eds.), *Democracy in the European Union. Integration through Deliberation?*, London: Routledge, 141-163.
Blom, J.A.H. (1995) *De effectiviteit van de Wet gelijke behandeling m/v. Tweede deelonderzoek*, Den Haag: VUGA.
Böhtlingk, F.R. (1958) *De rechtsstaat Nederland* (oratie Amsterdam UvA), Alphen aan den Rijn: Samsom.
Böhtlingk, F.R., en J.H.A. Logemann (1964) *Het wetsbegrip in Nederland*, Alphen aan den Rijn: Samsom.
Bovenberg, A.L. (2000) 'On the Cutting Edge between Policy and Academia. Challenges for Public Economists', *The Economist* 148, no. 3, 295-329.
Bovenberg, A.L., en C.N. Teulings (1999a), 'Concurrentie als alternatief voor rechtsprincipes', *Economisch-Statistische Berichten*, 14 mei 1999, 364-367.
Bovenberg. A.L., en C.N. Teulings (1999b) 'Op zoek naar de grenzen van de staat', in: W. Derksen e.a. (red.), *Over publieke en private verantwoordelijkheden*, Den Haag: Sdu, 19-136.
Bovens, M.A.P. (1999) *De digitale rechtsstaat. Beschouwingen over informatiemaatschappij en rechtsstaat* (oratie Utrecht), Alphen aan den Rijn: Samsom.

Bracke, N. (2000) 'Voorwaarden voor goede EG-wetgeving', in: M. Adams en P. Popelier (red.), *Wie waakt over de kwaliteit van de wet? Het wetgevingsbeleid in België*, Antwerpen: Intersentia Rechtswetenschappen, 257-275.
Brenninkmeijer, A.F.M. (1992) 'Het primaat van de politiek bestaat niet meer', *Ars Aequi*, 680-697.
Brenninkmeijer, A.F.M. (2001) 'De rechtgever', *Nederlands Juristenblad*, 1191-1201.
Bruijn, H. de (2000) *Processen van verandering* (oratie Delft), Utrecht: LEMMA.
Burg, F.H. van der (1984) 'Quod omnes tangit ab omnibus approbetur', in: M.C.B. Burkens en R. Crince Le Roy (red.), *Burger en overheid. Opstellen bij het afscheid van prof.mr. J.G. Steenbeek als hoogleraar aan de Utrechtse rechtenfaculteit*, Den Haag: VUGA, 65-84.
Burg, W. van der (1999) 'The Morality of Aspiration', in W.J. Witteveen en W. van der Burg (eds.), *Rediscovering Fuller. Essays on Implicit Law and Institutional Design*, Amsterdam: Amsterdam University Press, 169-192.
Burg, W. van der (2001a) 'De rol van de rechter rond levensbeëindigend handelen', in: E.-J. Broers en B. van Klink (red.), *De rechter als rechtsvormer*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 221-240.
Burg, W. van der (2001b) *De verbeelding aan het werk. Pleidooi voor een realistisch idealisme*, Kampen: Agora.

Burke, K. (1969) *A Grammar of Motives*, Berkeley: University of California Press.
Burkens M.C. e.a. (1997) *Inleiding tot de grondslagen van het Nederlandse staats- en bestuursrecht* (4e druk), Deventer: W.E.J.Tjeenk Willink.
Castells, M. (1996) *The Rise of the Network Society. The Information Age / Volume 1: Economy, Society and Culture*, Oxford: Blackwell.
Cleiren, C.P.M. (2001) *Geding buiten geding. Een confrontatie van het geding voor de strafrechter met strafrechtelijke ADR-vormen en mediation* (oratie Leiden), Arnhem: Gouda Quint.
Commissie Wetgevingsvraagstukken (1985) *Eindrapport. Orde in de regelgeving*, Den Haag: Sdu.
Coopmans J.P.A. (1990) *Verzet en opstand als factoren in de vorming van het constitutiebegrip*, Deventer: Kluwer.
Cotterrell, R. (1984) *The Sociology of Law. An Introduction*, London: Butterworths.
Cover, R. (1995a) 'Nomos and Narrative', in: M. Minow, M. Ryan, and A. Sarat (eds.), *Narrative, Violence, and the Law. The Essays of Robert Cover*, Ann Arbor: The University of Michigan Press, 95-172.
Cover, R. (1995b) 'Violence and the Word', in: M. Minow, M. Ryan, and A. Sarat (eds.), *Narrative, Violence, and the Law. The Essays of Robert Cover*, Ann Arbor: The University of Michigan Press, 203-238.
Curtin, D.M. (1997) *Postnational Democracy. The European Union in Search of a Political Philosophy* (oratie Utrecht), Den Haag: Kluwer Law International.
Cutts, M. (2001) *Clarifying Eurolaw. How European Community Directives Could Be Written More Clearly so that Citizens of Member States, Including Lawyers, Would Understand Them Better*, Stockport: Spectrum Press.
Depla, P. (1995) *Technologie en de vernieuwing van de lokale democratie: Vervolmaking of vermaatschappelijking*, Den Haag: VUGA.

Derksen, W., Th.G. Drupsteen, en W.J. Witteveen (red.) (1989) *De terugtred van regelgevers. Meer regels, minder sturing?*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink.
Dewey, J. (1927) *The Public and Its Problems*, New York: Henry Holt.
Donk, W. van de (2001) *De gedragen gemeenschap. Over katholiek maatschappelijk organiseren de verzuiling voorbij* (oratie Tilburg), Den Haag: Sdu.
Donner, A.M. (1979) *Bestendig en wederkerig. Over het verband van staat en staatsrecht* (oratie Groningen), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink.
Donner, A.M. (1987) *Nederlands bestuursrecht. Algemeen deel* (5e druk), Alphen aan den Rijn: Samsom.
Dworkin, R.M. (1991) *Law's Empire*, London: Fontana Press.
Eco, U. (1984) *Semiotics and the Philosophy of Language*, London: MacMillan Press.
Eco, U. (1992) *Interpretation and Overinterpretation*, Cambridge: Cambridge University Press.
Ehrenberg-Sundin, B. (1995) 'Cabinet Office Pushing for Plain Language. The Swedish Way to Lucid Laws and Clear Decisions', *Proceedings of the Plain Language Conference of San Sebastian*, 1995.
Eijlander, Ph. (2000) *De verbindende wetgever. Over de verhouding tussen staat, markt en samenleving* (oratie Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers.
Eijlander, Ph., en P. Gilhuis (red.) (1993) *Overheid en zelfregulering. Alibi voor vrijblijvendheid of prikkel tot aktie?* Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink.
Eijlander, Ph., en W. Voermans (1999) *Wetgevingsleer*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink.
Elster, J. (ed.) (1998) *Deliberative Democracy*, Cambridge: Cambridge University Press.
Elster, J., and R. Slagstad (1993) *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge: Cambridge University Press.
Elzinga, D.J. (1989) 'De rechtsstaat als ontwikkelingsperspectief', in: J.W.M. Engels e.a. (red.), *De rechtsstaat herdacht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 43-61.
Engbersen, R., en Th. Jansen (1991) *Armoede in de maatschappelijke verbeelding (1945-1990). Een retorische studie*, Leiden/Antwerpen: Stenfert Kroese.
Eriksen, E.O., and J.E. Fossum (eds.) (2000) *Democracy in the European Union. Integration through Deliberation?*, London: Routledge.
Fish, S. (1980) *Is There a Text in This Class? The Authority of Interpretative Communities*, Cambridge: Harvard University Press.
Fishkin, J. (1991) *Democracy and Deliberation. New Directions for Democratic Reform*, New Haven: Yale University Press.
Foqué, R., en A.C. 't Hart (1990a) *Instrumentaliteit en rechtsbescherming. Grondslagen van een strafrechtelijke waardendiscussie*, Arnhem: Gouda Quint, Antwerpen: Kluwer.
Foqué, R., en A.C. 't Hart (1990b) 'Strafrecht en beleid. De instrumentaliteit van rechtsbescherming', in: C. Fijnaut en P. Spierenburg (red.), *Scherp toezicht. Van Boeventucht tot Samenleving en Criminaliteit*, Arnhem: Gouda Quint, 193-209.
Frissen, P.H.A. (1991) *De versplinterde staat. Over informatisering, bureaucratie en technologie voorbij de politiek* (oratie Tilburg), Alphen aan den Rijn: Samsom.
Frissen, P.H.A. (1996) *De virtuele staat. Politiek, bestuur, technologie: een postmodern verhaal*, Schoonhoven: Academic Service.
Frissen, P.H.A. (1999) *De lege staat*, Amsterdam: Nieuwezijds.
Fuller, L.L. (1963) *The Morality of Law*, New Haven: Yale University Press.

Gargarella, R. (2000) 'Demanding Public Deliberation', in: E.O. Eriksen and J.E. Fossum (eds.), *Democracy in the European Union. Integration through Deliberation?*, London: Routledge, 189-205.
Geelhoed, L.A. (1983) *De interveniërende staat. Aanzet voor een instrumentenleer*, Den Haag: Staatsuitgeverij.
Gestel, R.A.J. van (2000) *Zelfregulering, milieuzorg en bedrijven. Naar een eigen verantwoordelijkheid binnen kaders* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers.
Goodin, R.E. (1996) *The Theory of Institutional Design*, Cambridge: Cambridge University Press.
Goorden, C.P.J. (1994) *Algemeen Bestuursrecht Compact*, Utrecht: LEMMA.
Goorden, C.P.J. (1997) *Algemeen Bestuursrecht Compact*, Den Haag: VUGA.
Gray, J. (2000) *Two Faces of Liberalism*, Cambridge: Cambridge University Press.
Griffiths, J. (1978) *Is Law Important?* (oratie Groningen), Deventer: Kluwer.
Griffiths, J. (1990) 'De sociale werking van rechtsregels en het emancipatoire potentieel van wetgeving', in: T. Havinga en B. Sloot (red.), Recht: *Bondgenoot of barrière bij emancipatie*, Den Haag: VUGA, 27-46.
Gunsteren, H.R. van (1998) *A Theory of Citizenship*, Boulder: Westview Press.
Gunsteren, H.R. van (1999) *Verantwoording. Regeren door terugzien*, Amsterdam: Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen.

Gusfield, J.R. (1967) 'Moral Passage. The Symbolic Process in Public Designations of Deviance', *Social Problems*, nr. 15, 175-188.
Gusfield, J.R. (1976) *Symbolic Crusade. Status Politics and the American Temperance Movement*, Urbana: University of Illinois Press.
Gutmann, A. (1987) *Democratic Education*, Princeton: Princeton University Press.
Gutmann, A., and D. Thompson (1996) *Democracy and Disagreement*, Cambridge, Mass.: The Belknap Press.
Haan, P. de, Th. G. Drupsteen, en R. Fernhout (1986) *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat* (3e druk), Deventer: Kluwer.
Haan, P. de, Th.G. Drupsteen, en R. Fernhout (1996) *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat. Deel 1: Ontwikkeling, organisatie, instrumentarium* (4e druk),Deventer: Kluwer.
Habermas, J. (1981) *Theorie des kommunikativen Handelns*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.
Habermas, J. (1993) *Faktizität und Geltung*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.
Hajer, M. (1994) *De stad als publiek domein*, Amsterdam: Wiarda Beckman Stichting.
Hajer, M. (2000) *Politiek als vormgeving* (oratie Amsterdam UvA), Amsterdam: Vossius Pers.
Hamilton, Madison and Jay (1961) *The Federalist Papers 1787*, (ed. C. Rossiter), New York: New American Library.
Happé, R.H. (1999) *Schuivende machten. Over trias politica en het gelijkheidsbeginsel in het belastingrecht* (oratie Tilburg), Deventer: Kluwer.
Harrington (1977) 'Oceana', in: J.G.A. Pocock (ed.) *The Political Works of James Harrington*, Cambridge: Cambridge University Press, 155-360.

Hertogh, M.L.M., en N.J.H. Huls (1998) *Omgaan met de onderhandelende overheid. Rechtsstaat, onderhandelend bestuur en controle*, Amsterdam: Amsterdam University Press.

Hirsch Ballin, E.M.H. (1988) 'Rechtsstaat, grondrechten en subsidieverhoudingen', in: *Rechtsstatelijke subsidieverhoudingen*, Alphen aan den Rijn: Samsom, 14-71.

Hirsch Ballin, E.M.H. (1989) *Het grondrecht op vrijheid en de wet*, Alphen aan den Rijn: Samsom.

Hirsch Ballin, E.M.H. (1991a) 'De gekoppelde staat', in: *Wetgeving in beweging. Verslag van de Landelijke Bestuurskunde Dag*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 61-74.

Hirsch Ballin, E.M.H. (1991b) *Rechtsstaat en beleid. Een keuze uit het werk van mr. E.M.H. Hirsch Ballin*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink.

Hirsch Ballin, E.M.H. (1999) *Netwerken van rechtsontwikkeling* (preadvies Christen Juristen Vereniging), Utrecht: LEMMA.

Hirsch Ballin, E.M.H. (2001) '*Good Governance*, internationaal recht en internationale samenwerking, in: *Ontwikkelingsbeleid en goed bestuur. WRR-Rapport aan de regering no. 58*, Den Haag: Sdu, 219-240.

Hoeven, J. van der (1988) *De plaats van de Grondwet naar Nederlands constitutioneel recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink.

Holmes, S. (1995) *Passions and Constraint. On the Theory of Liberal Democracy*, Chicago: University of Chicago Press.

Holtmaat, R. (1998) 'Het wetsontwerp belaging. Een twijfelachtige oplossing voor een ernstig probleem', Nemesis, nr. 2, 54-57.

Hood, C. (1998) *The Art of the State. Culture, Rhetoric and Public Management*, Oxford: Clarendon Press.

Hout, W. (2001) 'Instituties en ontwikkeling', in: *Ontwikkelingsbeleid en goed bestuur. WRR-Rapport aan de regering no. 58*, Den Haag: Sdu, 85-162.

Huls, N.J.H., en H.D. Stout (red.) (1992) *Reflecties op reflexief recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink.

Jaspers, A.Ph.C.M., en M.T.C. van Kleinwee (1985) *Gelijke behandeling: Je goed recht? Een onderzoek naar het functioneren van de Commissie gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de arbeid*, Den Haag: Ministerie van Justitie.

Jong, H.M. de (1998) *Norm en feit in de gemeente. Een rechtstheoretisch en empirisch onderzoek naar het geldende recht in Nederlandse gemeenten*, Enschede: Universiteit Twente, Faculteit der Bestuurskunde.

Jünger, E. (1987) *Das abenteuerliche Herz*, Stuttgart: Klett-Cotta.

Kant, I. (1991) *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten. Werkausgabe Band VII*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

Kelley, D.R. (1990) *The Human Measure. Social Thought in the Western Legal Tradition*, Cambridge Mass.: Harvard University Press.

Kelly, J.M. (1992) *A Short History of Western Legal Theory*, Oxford: Clarendon Press.

Kelman, M. (1987) *A Guide to Critical Legal Studies*, Cambridge Mass.: Harvard University Press.

Kelsen, H. (1963) *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Aalen: Scientia.

Kelsen, H. (1994) *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik* (herdruk van de 1e druk), Aalen: Scienta Verlag.

Kemenade, J.A. van e.a. (1997) *Bestuur in geding* (rapport van de provinciale werkgroep inzake terugdringing van de juridisering in het openbaar bestuur), Haarlem: Provinciehuis Noord-Holland.

Kimble, J. (1994-1995) 'Answering the Critics of Plain Language', *The Scribes Journal of Legal Writing*, 51-85.

Kindermann, H. (1988) 'Symbolische Gesetzgebung', in: D. Grimm en W. Maihofer (Hrsg.) *Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik*, Opladen: Westdeutscher Verlag, 222-245.

Kindermann, H. (1989) 'Alibigesetzgebung als symbolische Gesetzgebung', in: R. Voigt (Hrsg.), *Symbole der Politik, Politik der Symbole*, Opladen: Leske Verlag & Budrich, 257-273.

Klink, B. van (1998) *De wet als symbool. Over wettelijke communicatie en de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de arbeid*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink.

Klink, B. van (2000) 'Effectiviteit van gelijke-behandelingswetgeving. Van sociale werking naar symboolwerking', in: R. Holtmaat (red.), *De toekomst van gelijkheid. De juridische en maatschappelijke inbedding van de gelijke-behandelingsnorm*, Deventer: Kluwer.

Klink, B. van (2001) 'Bedreigt rechtsvinding de rechtszekerheid? Een kritisch-hermeneutische visie op de rol van de rechter in het materiële strafrecht', *Delikt en Delinkwent*, 685-710.

Klink, B. van, en W.J. Witteveen (red.) (2000) *De overtuigende wetgever*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers.

Koeman, N.S.J. (1989) 'Over beleid en controle. Op zoek naar de opvolger van de triasleer', *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht*, nr. 3, 73-79.

Koopmans, T. (1970) 'De rol van de wetgever', in: *Honderd jaar rechtsleven. Jubileumboek Nederlandse Juristen Vereniging*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink.

Kortmann, C.A.J.M. (1997) *Constitutioneel recht* (3e druk), Deventer: Kluwer.

Kriegel, B. (1975) *The State and the Rule of Law*, Princeton: Princeton University Press.

Kronman, A. (1993) *The Lost Lawyer. Failing Ideals of the Legal Profession*, Cambridge Mass.: The Belknap Press.

Lijphart, A. (1968) *Verzuiling, pacificatie en kentering in de Nederlandse politiek*, Haarlem: Becht.

Lindahl, H.K. (2000a) 'Authority and Representation', *Law and Philosophy*, nr. 2, 223-246.

Lindahl, H.K. (2000b) 'Communicatieve wetgeving en volkssoevereiniteit', in: B. van Klink en W.J. Witteveen (red.), *De overtuigende wetgever*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 173-188.

Locke, J. (1963) *Two Treatises of Government*, Cambridge: Cambridge University Press.

MacIntyre, A. (1981) *After Virtue. A Study in Moral Theory*, Notre Dame: Notre Dame Press.

Manin, B. (1997) *The Principles of Representative Government*, Cambridge: Cambridge University Press.

Margalit, A. (1996) *The Decent Society*, Cambridge Mass.: Harvard University Press.

Meij, J.M. de, en I.C. van der Vlies (2000) *Inleiding tot het staatsrecht en het bestuursrecht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink.

Mill, J.S. (1974) *On Liberty*, Harmondsworth: Penguin.
Mill, J.S. (1975) *Three Essays on liberty: representative government/the subjection of women*, Oxford: Oxford University Press.
Ministerie van Justitie (1998) *Aanwijzingen voor de regelgeving. Aanwijzingen voor convenanten: praktijkvoorschriften voor ontwerpers van regelingen en convenanten van de rijksoverheid*, Den Haag: Sdu.
Minow, M. (1990) *Making all the Difference. Inclusion, Exclusion, and American Law*, Ithaca: Cornell University Press.
Montesquieu (1955) *De l'esprit des loix. Tome III (livres XIX-XXVI)*, Paris: Société Les belles lettres.
Moulakis, A. (1998) *Republican Realism in Renaissance Florence. Francesco Guicciardini's Discorso di Logrogno*, Lanham: Rowman & Littlefield.
Neumann, F.L. (1986) *The Rule of Law. Political Theory and the Legal System in Modern Society*, Leamington Spa: Berg.
Nonet, Ph., and Ph. Selznick (1978) *Law and Society in Transition. Toward Responsive Law*, New York: Harper Colophon Books.
Nöth, W. (1990) *Handbook of Semiotics*, Bloomington: Indiana University Press.
Oldenziel, H.A. (1998) *Wetgeving en rechtszekerheid. Een onderzoek naar de bijdrage van het legaliteitsvereiste aan de rechtszekerheid van de burger*, Deventer: Kluwer.
Ommeren, F.J. van (1996) *De verplichting verankerd. De reikwijdte van het legaliteitsbeginsel en het materiële wetsbegrip* (diss. Amsterdam VU), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink.
Otto, J.M. (2001) 'Goed bestuur en rechtszekerheid als doelen van ontwikkeling', in: *Ontwikkelingsbeleid en goed bestuur. WRR-Rapport aan de regering no. 58*, Den Haag: Sdu, 277-335.
Overkleeft-Verburg, G. (1995) *De Wet persoonsregistraties. Norm, toepassing en evaluatie*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink.
Pascal (1997) *Gedachten*, Amsterdam: Boom.
Pascal (1998) *Pensées. Œuvres Complètes*, Paris: Gallimard.
Peters, A.A.G. (1972) *Het rechtskarakter van het strafrecht* (oratie Utrecht), Deventer: Kluwer.
Pettit, P. (1997) *Republicanism. A Theory of Freedom and Government*, Oxford: Clarendon Press.
Pocock, J.G.A. (ed.) (1975) *The Machiavellian Moment. Florentine Political Thought and the Atlantic Republican Tradition*, Princeton: Princeton University Press.
Populier, P. (1997) *Rechtszekerheid als grondbeginsel voor behoorlijke regelgeving* (diss. Antwerpen), Antwerpen en Groningen: Intersentia Rechtswetenschappen.
Prins, J.E.J. e.a. (1995) *In het licht van de Wet Persoonsregistraties: zon, maan of ster?*, Alphen aan de Rijn: Samsom Bedrijfsinformatie.
Radbruch, G. (1973) *Rechtsphilosophie* (8e druk), Stuttgart: Koehler.
Rousseau, J.-J. (1975) *Du contrat social et autres œuvres politiques*, Paris: Garnier.
Rousseau, J.-J. (1995) *Het maatschappelijk verdrag*, Amsterdam: Boom.
Rozemond, K. (1998) *Strafvorderlijke rechtsvinding*, Deventer: Gouda Quint.
Sap, J.W. (1993) *Wegbereiders der revolutie. Calvinisme en de strijd om de democratische rechtsstaat* (diss. Amsterdam VU), Groningen: Wolters-Noordhoff.

Sarat, A. (1995) 'Robert Cover on Law and Violence', in: M. Minow, M. Ryan, and A. Sarat (eds.), *Narrative, Violence, and the Law. The Essays of Robert Cover*, Ann Arbor: The University of Michigan Press, 255-265.
Saussure, F. de (1972) *Cours de linguistique générale*, Paris: Payot.
Schellen, J. van (1983) *Wat leert de Hoge Raad? Denkpatronen bij de Hoge Raad in de tachtiger jaren* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer.
Scheltema, M. (1984) *De partijdige wetgever. Inleiding ter gelegenheid van een symposium*, Deventer: Kluwer.
Scheltema, M. (1989) 'De rechtsstaat', in: J.W.M. Engels e.a. (red.), *De rechtsstaat herdacht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 49-61.
Scheltema, M. (1997) *De wondere wereld van het bestuursrecht* (afscheidsrede Groningen), Deventer: Kluwer.
Scholten, P. (1974) *Mr. C. Assers handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen deel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink.
Schön, D.A. (1983) *The Reflective Practitioner. How Professionals Think in Action*, New York: Basic Books.
Schooten-van der Meer, J. (1997) *Regelvorming in de rechtsstaat. Een onderzoek naar de legitimering van en de werking van het moderne recht en de alternatieve reguleringsvormen* (diss. Twente), Enschede: Twente University Press.

Schuyt, C.J.M. (1982) *Ongeregeld heden. Naar een theorie van wetgeving in de verzorgingsstaat* (oratie Leiden), Alphen aan den Rijn: Samsom.
Schuyt, C.J.M. (1991) *Op zoek naar het hart van de verzorgingsstaat*, Leiden en Antwerpen: Stenfert Kroese Uitgevers.
Scott, J.C. (1998) *Seeing Like a State. How Certain Schemes to Improve the Human Condition Have Failed*, New Haven: Yale University Press.
Selznick, P. (1992) *The Moral Commonwealth. Social Theory and the Promise of Community*, Berkeley: University of California Press.
Sennett, R. (1974) *The Fall of Public Man*, New York: Alfred Knopf.
Shapiro, M.M. (1988) *Who Guards the Guardians? Judicial Control of Administration*, Athens: University of Georgia Press.
Snellen, I.Th.M. (1987) *Boeiend en geboeid. Ambivalenties en ambities in de bestuurskunde* (oratie Tilburg), Alphen aan den Rijn: Samsom.
Staatscommissie bescherming persoonlijke levenssfeer in verband met persoonsregistraties (1976) *Eindrapport*, Den Haag: Staatsuitgeverij.
Stevin, S. (2001) *Het burgherlick leven & anhang* (gepresenteerd en toegelicht door P. den Boer en hertaald door A. C.G. Fleurkens, Utrecht: Bijleveld.
Stoter, W.S.R. (2000) *Belangenafweging door de wetgever. Een juridisch onderzoek naar criteria voor de belangenafweging van de formele wetgever in relatie tot de belangenafweging op bestuursniveau* (diss. Amsterdam UvA), Den Haag: Boom juridische uitgevers.
Stout, H.D. (1994) *De betekenissen van de wet. Theoretisch-kritische beschouwingen over het principe van wetmatigheid van bestuur* (diss. Amsterdam UvA), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink.
Stout, H.D. en A.J. Hoekema (1994) *Onderhandelend bestuur*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink.

Struycken, A.A.H. (1924) *Verzamelde werken van prof. mr. A.A.H. Struycken. Deel 1: Staatsrechtelijke en administratiefrechtelijke opstellen*, Arnhem: Gouda Quint.
Sumner, W.G. (1959) Folkways. *A Study of the Sociological Importance of Usages, Manners, Customs, Mores and Morals*, New York: Dover Publications.
Sunstein, C.R. (1990) *After the Rights Revolution*, Cambridge Mass.: Harvard University Press.
Sunstein, C.R. (1993) *Democracy and the Problem of Free Speech*, New York: Free Press.
Sunstein, C.R. (1999) 'The Law of Group Polarization', cf. http://www.la.utexas.edu/conf 2000/papers/.
Sunstein, C.R. (2001) *Republic.com*, Princeton: Princeton University Press.
Teubner, G. (1989) *Recht als autopoietistisches System*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.
Timmermans, F. (2001) 'Gewenst: een Senaat van nationale vertegenwoordigers', *Socialisme & Democratie,* 342-346.
Veldman, A.G. (1995) *Effectuering van sociaal-economisch recht volgens de chaostheorie. Beleidsinstrumentering en rechtshandhaving van (supra)nationaal gelijke-behandelingsrecht* (diss. Utrecht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink.
Veldt, M.I. (1997) *Het EVRM en de onpartijdige strafrechter* (diss. Tilburg), Arnhem: Gouda Quint.
Verhey, L.F.M. (1992) *Horizontale werking van grondrechten, in het bijzonder van het recht op privacy*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink.

Viehweg, T. (1954) *Topik und Jurisprudenz*, München: Beck.
Vlemminx, F. (1998) *Een nieuw profiel van de grondrechten. Een analyse van de prestatieplichten ingevolge klassieke en sociale grondrechten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink.
Vlies, I.C. van der (1984) *Het wetsbegrip en de beginselen van behoorlijke regelgeving (het legaliteitsbeginsel)*, Den Haag: VUGA.
Vlies, I.C. van der (1987) *Handboek wetgeving*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink.
Voermans, W.J.M. (2000) 'Een lerende wetgever?', *RegelMaat*, nr. 6, 249-263.
Vranken, J.B.M. (1995) *Mr. C. Assers handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen deel*, Zwolle: Tjeenk Willink.
Waard, B.W.M. de (1994) *Samenwerkende machten* (oratie Tilburg), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink.
Waldenfels, B. (1990) *Der Stachel des Fremden*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.
Waldron, J. (1999a) *The Dignity of Legislation*, Cambridge: Cambridge University Press.
Waldron, J. (1999b) *Law and Disagreement*, Oxford: Clarendon Press.
Weele, J.J. van der (1983) *Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen*, Deventer: Kluwer.
Westerman, P. (1989) 'Regels en principes. Historische voorwaarden voor de rechtsstaat', in: J.W.M. Engels e.a. (red.), *De rechtsstaat herdacht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 27-41.
Wijk, H.D. van, W. Konijnenbelt en R.M. van Male (1994) *Hoofdstukken van administratief recht*, Utrecht: LEMMA.
Wijk, H.D. van, W. Konijnenbelt en R.M. van Male (1996), *Hoofdstukken van administratief recht* (9e druk), Den Haag: VUGA.
Winter, H.B., M. Scheltema en M. Herweijer (1990), *Evaluatie van wetgeving. Terugblik en perspectief*, Deventer: Kluwer.

Witteveen, W.J. (1988) *De retoriek in het recht. Over retorica en interpretatie, staatsrecht en democratie*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink.

Witteveen, W.J. (1990) 'De jacht op de wet', in: W.J. Witteveen, P. van Seters en G. van Roermund (red.), *Wat maakt de wet symbolisch?* Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 115-136.

Witteveen, W.J. (1991) *Evenwicht van machten* (oratie Tilburg), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink.

Witteveen, W.J. (1992) 'Twee communicatiemodellen en het bereik van de wet', in: W.J. Witteveen, H.D.Stout en M.J. Trappenburg (red.), *Het bereik van de wet*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 13-42.

Witteveen, W.J. (1995) 'De ontdekking van Bodin', *RegelMaat*, nr. 4, 156-158.

Witteveen, W.J. (1996) *De geordende wereld van het recht. Een inleiding*, Amsterdam: Amsterdam University Press.

Witteveen, W.J. (1998) *De rechtsstaat als beginsel* (Den Uyl-lezing), Amsterdam: Stichting Dr. J.M. den Uyl-lezing.

Witteveen, W.J. (1999) 'The Hidden Truth of Autopoiesis', in: M. Freeman and A.D. Lewis (eds.), *Law and Literature*, Oxford: Oxford University Press, 649-665.

Witteveen, W.J. (2000a) 'Het politieke primaat als regie van de wetgever', in: *Het primaat van de politiek* (publikaties van de staatsrechtkring, Staatsrechtconferenties 4), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, 1-24.

Witteveen, W.J. (2000b) *De denkbeeldige staat. Voorstellingen van democratische vernieuwing*, Amsterdam: Amsterdam University Press.

Witteveen, W.J., and W. van der Burg (eds.) (1999) *Rediscovering Fuller. Essays on Implicit Law and Institutional Design*, Amsterdam: Amsterdam University Press.

Witteveen, W.J., P. van Seters en G. van Roermund (1990), Wat maakt de wet symbolisch, in: W.J. Witteveen, P. van Seters en G. van Roermund (red.) *Wat maakt de wet symbolisch?* Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1-13.

Young, I.M. (2000) *Inclusion and Democracy*, Oxford: Oxford University Press.

Zaltbommel, L.K. van (1993) *De betekenis van het recht als systeem*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink.

Zicht op wetgeving (1990-1991), Kamerstukken Tweede Kamer, 22 008, nrs. 1-2.

VOORSTUDIES EN ACHTERGRONDEN

Hieronder worden de publicaties uit de WRR-serie Voorstudies en achtergronden opgesomd vanaf de vierde raadsperiode. Een volledig overzicht van de voorstudies is beschikbaar op de WRR-website (http://www.wrr.nl) of aan te vragen bij het bureau van de WRR (070 - 356 46 25).

Vierde raadsperiode (1988-1992)

V63 Milieu en groei. Verslag van een studiedag op 11 februari 1988 (1988)
V64 De maatschappelijke gevolgen van erfelijkheidsonderzoek. Verslag van een conferentie op 16-17 juni 1988 (1988)
V65 H.F.L. Garretsen, H. Raat (1989) Gezondheid in de vier grote steden
V66 P. de Grauwe e.a. (1989) De Europese Monetaire Integratie: vier visies
V67 Th. Roelandt, J. Veenman (1990) Allochtonen van school naar werk
V68 W.H. Leeuwenburgh, P. van den Eeden (1990) Onderwijs in de vier grote steden
V69 M.W. de Jong, P.A. de Ruijter (red.) (1990) Logistiek, infrastructuur en de grote stad
V70 C.A. Bartels, E.J.J. Roos (1990) Sociaal-economische vernieuwing in grootstedelijke gebieden
V71 W.J. Dercksen (ed.) (1990) The Future of Industrial Relations in Europe. Proceedings of a conference in honour of prof. W. Albeda
V72 Sociaal-economische gezondheidsverschillen en beleid; preadviezen (1991)
V73 F.J.P.M. Hoefnagel (1992) Cultuurpolitiek: het mogen en moeten
V74 K.W.H. van Beek, B.M.S. van Praag (1992) Kiezen uit sollicitanten. Concurrentie tussen werkzoekenden zonder baan
V75 Jeugd in ontwikkeling. Wetenschappelijke inzichten en overheidsbeleid (1992)
V76 A.M.J. Kreukels, W.G.M. Salet (ed.) (1992) Debating institutions and Cities. Proceedings of the Anglo Dutch Conference on Urban Regeneration
V77 H.R. van Gunsteren en P. den Hoed (1992) Burgerschap in praktijken
V78 F. Bletz, W. Dercksen and K. van Paridon (ed.) (1993) Shaping Factors for the Business Environment in the Netherlands after 1992
V79 N.T. Bischoff, R.H.G. Jongman (1993) Development of Rural Areas in Europe. The Claim for Nature
V80 Verslag en evaluatie van de vierde raadsperiode (1993)
V81 F.J.P.M. Hoefnagel m.m.v. H.G.M. Hendriks en M.D. Verdaasdonk (1993) Het Duitse Cultuurbeleid in Europa

Vijfde raadsperiode (1993-1997)

V82 W.J. Dercksen e.a. (1993) Beroepswijs onderwijs. Ontwikkelingen en dilemma's in de aansluiting van onderwijs en arbeid
V83 W.G.M. Salet (1994) Om recht en staat. Een sociologische verkenning van sociale, politieke en rechtsbetrekkingen
V84 J.M. Bekkering (1994) Private verzekering van sociale risico's
V85 C. Lambers, D.A. Lubach, M. Scheltema (1994) Versnelling juridische procedures grote projecten
V86 CSHOB (1995) Aspecten van hoger onderwijs. Een internationale inventarisatie
V87 T. van der Meij e.a. (1995) Ontwikkelingen in de natuur. Visies op de levende natuur in de wereld en scenario's voor het behoud daarvan
V88 L. Hagendoorn e.a. (1995) Etnische verhoudingen in Midden- en Oost-Europa
V89 H.C. Posthumus Meyjes, A. Szász, Christoph Bertram, W.F. van Eekelen (1995) Een gedifferentieerd Europa
V90 J. Rupnik e.a. (1995) Challenges in the East
V91 J.P.H. Donner (rapporteur) (1995) Europa, wat nu?
V92 R.M.A. Jansweijer (1996) Gouden bergen, diepe dalen: de inkomensgevolgen van een betaalbare oudedagsvoorziening
V93 W. Derksen, W.A.M. Salet (red.) (1996) Bouwen aan het binnenlands bestuur

V94 SEO/Intomart (1996) Start-, slaag- en faalkansen van hoger opgeleide startende ondernemers
V95 L.J. Gunning-Schepers, G.J. Kronjee and R.A. Spasoff (eds.) (1996) Fundamental Questions about the Future of Health Care
V96 H.B.G. Ganzeboom en W.C. Ultee (red.) (1996) De sociale segmentatie van Nederland in 2015
V97 J.C.I. de Pree (1997) Grenzen aan verandering. De verhouding tussen reorganisatie en structuurprincipes van het binnenlands bestuur
V98 M.F. Gelok en W.M. de Jong (1997) Volatilisering in de economie
V99 A.H. Kleinknecht, R.H. Oostendorp, M.P. Pradhan (1997) Patronen en economische effecten van flexibiliteit in de Nederlandse arbeidsverhoudingen
V100 J.P.H. Donner (1998) Staat in beweging
V101 W.J. Vermeulen, J.F.M. van der Waal, H. Ernste, P. Glasbergen (1997) Duurzaamheid als uitdaging. De afweging van ecologische en maatschappelijke risico's in confrontatie en dialoog
V102 W. Zonneveld en A. Faludi (1998) Europese integratie en de Nederlandse ruimtelijke ordening
V103 Verslag en evaluatie van de vijfde raadsperiode (1998)

Zesde raadsperiode (1998-2002)

V104 Krijn van Beek (1998) De ondernemende samenleving. Een verkenning van maatschappelijke verandering en implicaties voor beleid
V105 W. Derksen et al. (1999) Over publieke en private verantwoordelijkheden
V106 Henk C. van Latesteijn (1999) Land use in Europe. A methodology for policy-oriented future studies
V107 Aart C. Liefbroer en Pearl A. Dykstra (2000) Levenslopen in verandering. Een studie naar ontwikkelingen in de levenslopen van Nederlanders geboren tussen 1900 en 1970
V108 Bart Wissink (2000) Ontworpen en ontstaan. Een praktijktheoretische analyse van het debat over het provinciale omgevingsbeleid
V109 H. Mommaas, m.m.v. W. Knulst en M. van den Heuvel (2000) De vrijetijdsindustrie in stad en land. Een studie naar de markt van belevenissen
V110 H. Dijstelbloem en C.J.M. Schuyt, red. (2002) De publieke dimensie van kennis
V111 M.C.E. van Dam-Mieras en W.M. de Jong, red. (2002) Onderwijs voor een kennissamenleving. De rol van ICT nader bekeken
V112 Wendy Asbeek Brusse, Harry van Dalen en Bart Wissink (2002) Stad en Land in een nieuwe geografie. Maatschappelijke veranderingen en ruimtelijke dynamiek
V113 G.A. van der Knaap (2002) Stedelijke bewegingsruimte. Over veranderingen in stad en land.
V114 F.J.P.M. Hoefnagel (2002) Internet en cultuurbeleid. Over de gevolgen van ICT voor het cultuurbeleid van de Nederlandse overheid

Overige publicaties

Voor de eenheid van beleid. Beschouwingen ter gelegenheid van vijftig jaar Ministerie van Algemene Zaken (1987)
Eigentijds burgerschap. WRR-publicatie onder leiding van H.R. van Gunsteren (1992)
Mosterd bij de maaltijd. 20/25 jaar WRR (1997)

RAPPORTEN AAN DE REGERING

Eerste raadsperiode (1972-1977)

1 Europese Unie*
2 Structuur van de Nederlandse economie*
3 Energiebeleid
Gebundeld in één publicatie (1974)*
4 Milieubeleid (1974)*
5 Bevolkingsgroei (1974)*
6 De organisatie van het openbaar bestuur (1975)*
7 Buitenlandse invloeden op Nederland: Internationale migratie (1976)*
8 Buitenlandse invloeden op Nederland: Beschikbaarheid van wetenschappelijke en technische kennis (1976)*
9 Commentaar op de Discussienota Sectorraden (1976)*
10 Commentaar op de nota Contouren van een toekomstig onderwijsbestel (1976)*
11 Overzicht externe adviesorganen van de centrale overheid (1976)*
12 Externe adviesorganen van de centrale overheid (1976)*
13 Maken wij er werk van? Verkenningen omtrent de verhouding tussen actieven en niet-actieven (1977)*
14 Interne adviesorganen van de centrale overheid (1977)*
15 De komende vijfentwintig jaar – Een toekomstverkenning voor Nederland (1977)*
16 Over sociale ongelijkheid – Een beleidsgerichte probleemverkenning (1977)*

Tweede raadsperiode (1978-1982)

17 Etnische minderheden (1979)*
A. Rapport aan de Regering
B. Naar een algemeen etnisch minderhedenbeleid?
18 Plaats en toekomst van de Nederlandse industrie (1980)*
19 Beleidsgerichte toekomstverkenning
Deel 1: Een poging tot uitlokking (1980)*
20 Democratie en geweld. Probleemanalyse naar aanleiding van de gebeurtenissen in Amsterdam op 30 april 1980*
21 Vernieuwingen in het arbeidsbestel (1981)*
22 Herwaardering van welzijnsbeleid (1982)*
23 Onder invloed van Duitsland. Een onderzoek naar gevoeligheid en kwetsbaarheid in de betrekkingen tussen Nederland en de Bondsrepubliek (1982)*
24 Samenhangend mediabeleid (1982)*

Derde raadsperiode (1983-1987)

25 Beleidsgerichte toekomstverkenning
Deel 2: Een verruiming van perspectief (1983)*
26 Waarborgen voor zekerheid. Een nieuw stelsel van sociale zekerheid in hoofdlijnen (1985)
27 Basisvorming in het onderwijs (1986)
28 De onvoltooide Europese integratie (1986)
29 Ruimte voor groei. Kansen en bedreigingen voor de Nederlandse economie in de komende tien jaar (1987)
30 Op maat van het midden- en kleinbedrijf (1987)
Deel 1: Rapport aan de Regering;
Deel 2: Pre-adviezen
31 Cultuur zonder grenzen (1987)*
32 De financiering van de Europese Gemeenschap. Een interimrapport (1987)
33 Activerend arbeidsmarktbeleid (1987)
34 Overheid en toekomstonderzoek. Een inventarisatie (1988)

Vierde raadsperiode (1988-1992)

35 Rechtshandhaving (1988)
36 Allochtonenbeleid (1989)
37 Van de stad en de rand (1990)
38 Een werkend perspectief. Arbeidsparticipatie in de jaren '90 (1990)
39 Technologie en overheid (1990)
40 De onderwijsverzorging in de toekomst (1991)
41 Milieubeleid. Strategie, instrumenten en handhaafbaarheid (1992)
42 Grond voor keuzen. Vier perspectieven voor de landelijke gebieden in de Europese Gemeenschap (1992)
43 Ouderen voor ouderen. Demografische ontwikkelingen en beleid (1993)

Vijfde raadsperiode (1993-1997)

44 Duurzame risico's. Een blijvend gegeven (1994)
45 Belang en beleid. Naar een verantwoorde uitvoering van de werknemersverzekeringen (1994)
46 Besluiten over grote projecten (1994)
47 Hoger onderwijs in fasen (1995)
48 Stabiliteit en veiligheid in Europa. Het veranderende krachtenveld voor het buitenlands beleid (1995)
49 Orde in het binnenlands bestuur (1995)
50 Tweedeling in perspectief (1996)
51 Van verdelen naar verdienen. Afwegingen voor de sociale zekerheid in de 21e eeuw (1997)
52 Volksgezondheidszorg (1997)
53 Ruimtelijke-ontwikkelingspolitiek (1998)
54 Staat zonder land. Een verkenning van bestuurlijke gevolgen van informatie- en communicatietechnologie (1998)

Zesde raadsperiode (1998-2002)

55 Generatiebewust beleid (1999)

56 Het borgen van publiek belang (2000)

57 Doorgroei van arbeidsparticipatie (2000)

58 Ontwikkelingsbeleid en goed bestuur (2001)

59 Naar een Europabrede Unie (2001)

60 Nederland als immigratiesamenleving (2001)

61 Van oude en nieuwe kennis. De gevolgen van ICT voor het kennisbeleid (2002)

62 Duurzame ontwikkeling: bestuurlijke voorwaarden voor een mobiliserend beleid (2002)

63 De toekomst van de nationale rechtsstaat (2002)

Rapporten aan de Regering en publicaties in de reeks *Voorstudies en achtergronden* zijn verkrijgbaar in de boekhandel of via Sdu Servicecentrum Uitgeverijen, Plantijnstraat, Postbus 20014, 2500 EA 's-Gravenhage, tel. 070-3789880, fax 070-3789783.